



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**GLAUCO ALVES E SANTOS JUNIOR**

**O COMPROMETIMENTO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO  
LICITATÓRIO: A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO  
ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 90  
DA LEI N° 8.666/1993.**

**Brasília  
2016**

**GLAUCO ALVES E SANTOS JUNIOR**

**O COMPROMETIMENTO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO  
LICITATÓRIO: A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO  
ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 90  
DA LEI Nº 8.666/1993.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília – UNB.

Orientador: Professor Mestre Paulo César Villela Souto  
Lopes Rodrigues.

**Brasília  
2016**

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**GLAUCO ALVES E SANTOS JUNIOR**

**O COMPROMETIMENTO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO  
LICITATÓRIO: A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO  
ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 90  
DA LEI Nº 8.666/1993.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília – UNB.

Orientador: Professor Mestre Paulo César Villela Souto  
Lopes Rodrigues.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Professor Mestre Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues  
(Orientador)

\_\_\_\_\_  
Professor Doutorando Thiago Luís Santos Sombra  
(Membro)

\_\_\_\_\_  
Advogado Especialista Jaques Fernando Reolon  
(Membro)

\_\_\_\_\_  
Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva  
(Suplente)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família por ser a fortaleza na qual me apoio, em especial a minha mãe, Juliana, pelo incondicional carinho e fé em minha capacidade; a meu pai, Glauco, meu grande exemplo, por ter me apresentado ao brilhante mundo do Direito, ainda quando criança; e a meu irmão, Gabriel, meu eterno companheiro.

A meu orientador, Professor Paulo, pela inacabável paciência e dedicação, na tentativa da construção de um trabalho de excelência.

A Jaques Reolon, pela chance e oportunidade em meu primeiro contato com o mundo profissional, possibilitando o conhecimento da área das Licitações Públicas.

A todos os meus professores da Universidade de Brasília, em especial Thiago Sombra e Bruno Rangel, pelo apoio e orientação durante todo o curso.

A meus amigos, que me acompanharam desde os primeiros anos de escola, pelos momentos de descontração tão necessários a uma vida tranquila.

A meus colegas da Universidade de Brasília, pela companhia e ajuda mútua durante todo o curso.

E finalmente, à Universidade de Brasília, responsável por tornar possível a vivência desses cinco memoráveis anos.

## **RESUMO**

O presente trabalho analisa a frustração do caráter competitivo da licitação com especial atenção para a (des)necessidade de se comprovar a finalidade especial de se visar vantagem para a caracterização do delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993. Há, primeiramente, a conceituação dos principais institutos e princípios relacionados ao tema, para que seja possível a discussão doutrinária e jurisprudencial em torno do objeto de estudo. Analisa-se, em seguida, a interpretação doutrinária do dispositivo mencionado, destacando-se todos os elementos do tipo penal sob a visão de diferentes autores. Posteriormente, são analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no trato da matéria.

**Palavras-chave:** licitação. competitividade. fraude. frustração. vantagem. dolo específico.

## **ABSTRACT**

This paper analyses the frustration or fraud to the competitive character of public biddings, focusing on the necessity of proving a special intention regarding the pursuit of advantage to the crime's constitution, fixed on the article 90 of the Bidding Law nº 8.666/1993. First, it is given a concept about the most important institutes and principles related to the theme, in order to make it possible to discuss the view of different authors and judicial courts. Subsequently, it is analyzed the interpretation of the mentioned article, outlining the elements of the criminal law involved. After, it is studied the Supreme Federal Court and Superior Justice Court's decisions to verify in what way they prevail, in order to clarify the judicial practice.

**Key- words:** public biddings. competitiveness. fraud. frustration. advantage. special finality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. Importância da Licitação .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. Breve contexto .....</b>	<b>12</b>
<b>1.3. Conceito .....</b>	<b>13</b>
<b>1.4. Base legal e constitucional .....</b>	<b>14</b>
<i>1.4.1. Competência para legislar .....</i>	<i>15</i>
<i>1.4.2. Lei nº 8.666/1993 .....</i>	<i>16</i>
<b>1.5. Finalidades .....</b>	<b>17</b>
<b>1.6. Princípios aplicáveis .....</b>	<b>18</b>
<i>1.6.1. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público .....</i>	<i>18</i>
<i>1.6.2. Princípio da Legalidade .....</i>	<i>19</i>
<i>1.6.3. Princípio da Moralidade .....</i>	<i>20</i>
<i>1.6.4. Princípio da Igualdade .....</i>	<i>20</i>
<i>1.6.5. Princípio da Impessoalidade .....</i>	<i>21</i>
<i>1.6.6. Princípio da Vinculação ao Edital e do Julgamento Objetivo .....</i>	<i>22</i>
<i>1.6.7. Princípio da competitividade .....</i>	<i>24</i>
<b>2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93 .....</b>	<b>27</b>
<b>2.1. Breve introdução .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2. Bem jurídico tutelado .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3. Sujeito ativo e passivo do delito .....</b>	<b>30</b>
<b>2.4. Análise do tipo penal .....</b>	<b>32</b>
<b>2.5. Sobre vantagem ilícita e prejuízo alheio .....</b>	<b>36</b>
<b>2.6. Divergência doutrinária acerca dos termos “dolo específico” e “elemento subjetivo especial do tipo” .....</b>	<b>37</b>
<b>2.7. A finalidade especial no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 .....</b>	<b>38</b>
<b>3. ANÁLISE DE JULGADOS ACERCA DO ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES COM ESPECIAL ATENÇÃO PARA A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO .....</b>	<b>39</b>
<b>3.1. Do entendimento do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>39</b>
<b>3.2. Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>50</b>



<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

A licitação foi o modo que o Estado encontrou para tentar tornar ética a contratação dos objetos de seu interesse, de forma a garantir a igualdade de condições a todos aqueles que queiram dela participar, eliminando eventuais arbitrariedades e protegendo o interesse público, dotado de supremacia.

A competitividade é o objeto desse instituto. É por meio dela que se aumentam as chances da contratação da proposta mais vantajosa à Administração, já que uma boa competição pressupõe efetiva participação de todos os interessados de forma isonômica, dentro do escopo da modalidade licitatória estabelecida em lei.

Nesse contexto, a frustração da competitividade, além de quebrar a igualdade entre os concorrentes e comprometer todo o procedimento licitatório, afronta diretamente o interesse e o direito coletivo à uma contratação idônea e ao bom uso dos recursos públicos.

Depois de algum tempo trabalhando em escritório de advocacia especializado em Licitações e Contratações Públicas, e após o contato com a jurisprudência brasileira em torno do tema, percebi que são inúmeras as formas criadas para a frustração ou fraude do caráter competitivo dos certames licitatórios. Não bastasse o envolvimento dos particulares, que, em conluio, tentam direcionar o resultado das licitações, também os agentes públicos, principais responsáveis pela probidade administrativa, normalmente concorrem para essas práticas delituosas.

Foi assim que se identificou a divergência interpretativa em relação ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos –, tanto da doutrina, quanto na jurisprudência, esta que repercute diretamente na vida social.

Tendo como objeto jurídico a proteção da competitividade dos certames licitatórios, o art. 90, já mencionado, comina pena àqueles que comprometam essa competitividade com o intuito de obter vantagem, para si ou para terceiro, decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Essa última parte do dispositivo, relativa a uma finalidade especial a ser observada daquele que atenta contra o caráter competitivo da licitação, é exatamente o objeto de divergência jurídica e o que se busca esclarecer, mesmo que minimante.

Para tanto, iniciar-se-á esse estudo com um panorama geral dos conceitos e princípios envolvidos e necessários ao bom entendimento da problemática. Em seguida será feita a análise doutrinária do art. 90 como um todo, inclusive da interpretação da doutrina acerca da

finalidade especial a ser requerida ou não para a caracterização do delito, a partir de manuais e produções acadêmicas, tanto digitais como físicos.

Finalmente, analisar-se-á como se dá, na jurisprudência brasileira, o julgamento do delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, verificando a necessidade ou desnecessidade da comprovação do intuito de se obter vantagem para a caracterização do crime, dando enfoque nos processos do Superior Tribunal de Justiça – STJ - e do Supremo Tribunal Federal - STF.

Serão analisadas as decisões do STF relevantes para o tema e as decisões mais recentes do STJ – ano de 2016. Isso para que seja possível uma análise de como os Tribunais Superiores, que guiam a jurisprudência nacional, têm decidido.

Optou-se por utilizar um método qualitativo de pesquisa, de forma a se analisar, a partir de uma amostra de conveniência, qual interpretação é predominantemente aplicada e os motivos que levaram a essa escolha.

## 1. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO

### 1.1 Importância da Licitação

Para que serve a licitação? O dever de licitar é princípio por força constitucional, devendo por isso, como regra geral, ser respeitado pela Administração Pública em todas as suas esferas e âmbitos de atuação. Isso quer dizer que para toda e qualquer contratação de interesse do Estado, dever-se-á realizar um certame licitatório, ressalvados os casos especificados na legislação. Da mesma forma prevê a Lei Geral de Licitações e Contratos<sup>1</sup>, consolidando o princípio de que licitar é a regra.<sup>2</sup> Nessa medida, licitação é princípio, procedimento e processo.

Como princípio, mesmo na hipótese de haver dúvida em se fazer ou não a licitação, frente aos casos de contratação direta ressalvados pela legislação, deve o agente público responsável fazê-la, resguardando-se inclusive de possíveis responsabilizações por contratações indevidas.

Como procedimento, representa uma ordenação de fases e atos consecutivos previamente estabelecidos tanto pela lei, quanto pelo edital. Ainda, diz-se que os atos que compõem o procedimento da licitação não são independentes, devendo ser vistos e analisados em conjunto, como componentes de um mesmo instituto com a finalidade de garantir uma contratação idônea.<sup>3</sup>

Já quanto ao aspecto processual, a licitação, sobretudo em sua fase externa, revela um conflito de interesses entre a Administração e o particular contratante. Aquela busca a melhor prestação contratual possível, a partir da escolha da proposta mais vantajosa, e este tem interesses prioritariamente particulares, buscando a maior vantagem pessoal possível. Sabe-se que os interesses do particular contratado e da Administração não são necessariamente excludentes, mas é clara a tensão entre eles. Há também conflito de interesses entre os

---

<sup>1</sup> BRASIL, *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

<sup>2</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 48

A previsão constitucional do princípio do dever de licitar está no art. 37, inciso XXI da CRFB/1988:

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Art. 37, [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 123.

particulares interessados no objeto licitatório, os licitantes. Aqui sim há interesses reciprocamente excludentes, porquanto aquele que se sagrar vencedor do certame terá direito à adjudicação<sup>4</sup> do objeto licitatório, impedindo que o contrato seja firmado com os demais.<sup>5</sup>

Resumidamente, pode-se afirmar que o instituto jurídico-administrativo da licitação existe para guiar a atuação administrativa na celebração de seus contratos, sendo o dever de licitar princípio constitucional que deve observar a sequência de atos estabelecidos em lei e no edital do certame, constituindo um processo responsável por lidar com os diferentes interesses da Administração e do particular contratado.

Assim, o cerne da licitação é a competitividade, inerente a qualquer disputa que busque eliminar arbitrariedades e a tomada de decisões baseadas única e exclusivamente em interesses pessoais.

A competitividade, que é princípio específico da licitação, é exatamente o que se tenta proteger. Por meio da competição é que o interesse público e a isonomia entre os licitantes – princípios basilares da licitação – são efetivamente assegurados. Por essa razão, ao se afrontar a competitividade de determinado procedimento licitatório, não apenas são prejudicados os interesses dos particulares envolvidos na disputa, mas também os da Administração, motivo pelo qual há expressa previsão legal cominando pena àqueles que frustrem ou fraudem o caráter competitivo do procedimento licitatório.

No contexto brasileiro, verifica-se, por meio da judicialização do tema, que há numerosas maneiras de se afrontar a competição de uma licitação, muitas vezes com o real intuito de obter vantagem pessoal. Resta saber se, para a configuração desse tipo penal, é necessária a efetiva presença da vontade em obter benefício, o que pode se dar em diferentes contextos.

## 1.2 Breve contexto

Sabe-se que o Estado apresenta uma série de necessidades, como a construção de um prédio público, serviços de alimentação para seus agentes, alienação de bens, entre outros. Contudo, o Estado não pode, na maioria das vezes, executar esses serviços por conta própria, restando a ele suprir essas necessidades por meio de contratação pública.

---

<sup>4</sup> Jacoby Fernandes defende que a adjudicação é a proclamação do vencedor do certame, sendo a contratação direito do 1º colocado, e não mera expectativa de direito.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 386.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 124.

Essa contratação deve ser feita como resultado da licitação, um procedimento estabelecido como padrão pelo legislador. Esse procedimento é dotado de uma concatenação de atos e regras a guiar aquele ou aqueles responsáveis por fazê-lo. Entende-se que a escolha de desenvolver esse padrão é uma forma de limitar a atuação do agente administrativo para que este, propositadamente ou não, veja-se restrito ou mesmo impossibilitado de afetar o complexo de princípios e dispositivos que envolvem a contratação de um objeto licitatório, como o caráter competitivo da licitação, por exemplo.

É também interessante ressaltar que, diferentemente do particular, que é livre para praticar atos de seu interesse desde que respeite as disposições e delimitações da lei, a Administração Pública somente deve agir caso haja disposição legal que a permita, pois que se sujeita ao regime jurídico administrativo.<sup>6</sup>

Dessa forma, deve estar positivada a permissão para contratar, assim como a forma como a Administração deve agir quando assim necessitar. É o que faz o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 – CRFB/1988 e a Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, como se verá adiante.

### 1.3 Conceito

Licitação é o procedimento voltado a selecionar a proposta mais vantajosa para o Estado, o que deve ser feito por meio de critérios objetivos predeterminados de forma a se assegurar participação ampla e tratamento igualitário aos interessados, observando-se todos os requisitos legais.<sup>7</sup>

Além de procedimento voltado a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, a licitação deve buscar o desenvolvimento econômico sustentável e o fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Manifesta-se como procedimento por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes, o que colabora para dar igual oportunidade aos licitantes e para a observância dos princípios da eficiência e da moralidade, tendo como pressuposto a competição.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> É o que entende o doutrinador Lucas Rocha Furtado, veja: “A Administração Pública, ao contrário, sujeita-se ao regime jurídico administrativo, devendo observar os diversos princípios constitucionais, dentre os quais destacamos o da legalidade e o da impessoalidade, que estão diretamente ligados à existência do processo licitatório.” FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 347.

Além disso, Jessé Torres explica que a caracterização do objeto, por exemplo, é uma tarefa essencialmente técnica, por força de lei. Isso provavelmente para “prevenir lapsos nas especificações do que pretenda a Administração contratar, e de evitar que tais lapsos dificultem ou inviabilizem a escolha da proposta mais vantajosa, finalidade de toda e de cada licitação.” PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 05.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 15.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 310.

A vantajosidade<sup>9</sup> deve ser observada tanto na forma direta e imediata – na proposta escolhida pela Administração – quanto de forma indireta e a médio ou longo prazo – na sua contribuição ao desenvolvimento nacional sustentável. Além disso, deve ser respeitada a ampla participação dos interessados, o que está intimamente relacionado à isonomia. Vê-se também que a eficiência e a moralidade dos negócios administrativos são destaques, assim como a necessidade da devida competição entre os concorrentes, princípio basilar para toda a discussão posterior desse estudo.

Sintetizando o que foi até então exposto, a licitação é procedimento anterior à contratação dotado de atos sequencialmente ordenados e que deve funcionar, a princípio, para limitar a atuação do agente público, evitando discricionariedades desnecessárias. Além disso, é responsável por tornar possível ao Estado a contratação da proposta mais vantajosa oferecida por aqueles interessados que preencham determinados requisitos, fazendo com que a Administração alcance seus objetivos, sejam eles a contratação de obras, compras, serviços, alienações, permissões, concessões, etc.

A licitação é importante, pois, a partir de sua concatenação de atos, diminui o risco de tomada de decisões errôneas ou fora do bojo legislativo, o que é de se esperar de um processo guiado pela subjetividade do homem médio<sup>10</sup> administrador.

#### 1.4 Base Legal e Constitucional

A base constitucional da licitação encontra-se no art. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988 – CRFB/1988<sup>11</sup>. É evidente a necessidade de se observar os princípios gerais imputáveis à Administração Pública, mencionados pelo *caput* do referido artigo: legalidade,

---

<sup>9</sup> Entende Jessé Pereira: “Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-la por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa.” PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 60.

Marçal Justen filho afirma que o termo vantajosidade não deve ser tido apenas por critérios de eficiência econômica direta e imediata. Deve haver uma análise do todo, de forma que se visualize os efeitos da contratação também a médio e longo prazo, como é o caso do desenvolvimento nacional sustentável, inserido no art. 3º da Lei nº 8666/1993 no ano de 2010. JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 16.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Jessé Pereira Júnior afirma que é sempre necessário se avaliar as condições do caso concreto, pois que seres humanos estão sempre sujeitos a fatores imprevisíveis, de terceiro, fortuitos ou de força maior, ou até mesmo erros involuntários que podem vir a excluir sua responsabilização frente a determinada ilegalidade. PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 13.

<sup>11</sup> CRFB/1988, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses são princípios basilares para o Direito Administrativo como um todo, devendo a Administração observá-los não só nas licitações e contratações públicas mas também em todo tipo de atuação estatal.

Contudo, a obrigação de se licitar, como meio para se chegar às contratações públicas, encontra-se efetivamente no inciso XXI do art. 37. Não obstante seja a licitação regra geral, para que isso não se torne um ônus desnecessário, em alguns casos, a legislação reservou – com permissão constitucional - hipóteses em que a licitação é inexigível ou em que há a possibilidade de dispensá-la<sup>12</sup>.

Chama a atenção também a escolha feita pelo legislador em dar ênfase ao princípio da igualdade entre os concorrentes e ao princípio da competitividade. Infere-se que, em ambos os casos, há a preocupação em se proteger tanto os licitantes quanto o interesse público: os licitantes pois todos são iguais perante a lei, direito este fundamental e elencado na Constituição Federal<sup>13</sup>; e o interesse público, que é princípio geral do Direito e inerente a qualquer sociedade.

#### *1.4.1 Competência para legislar*

A CRFB/1988<sup>14</sup>, dispõe que é da competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No exercício dessa competência, foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentando o art. 37, XXI da CRFB/1988 e instituindo normas para licitações e contratos administrativos. Por essa razão, essa norma é dotada de caráter nacional, devendo ser respeitada por toda a Administração Pública.

Não obstante, pelo fato de a competência ser privativa, e não exclusiva, a Lei mencionada estabeleceu<sup>15</sup> que Estados, Municípios e demais órgãos administrativos poderão

<sup>12</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge. Op.Cit., p. 170.

<sup>13</sup> CRFB/1988, art. 5º, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

<sup>14</sup> CRFB/1988, art. 22, inciso XXVII: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

<sup>15</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

Jessé Pereira Júnior defende a necessidade de cada órgão e entidade da Administração Pública estabelecer suas próprias rotinas e formas de procedimentos que instruirão o processo de contratação.

PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 13.



expedir normas regulamentando os procedimentos operacionais, no âmbito de sua competência, desde que respeitadas as disposições da Lei Geral de Licitações. É o caso, por exemplo, do Maranhão, que regulamentou o sistema de registro de preços de seu estado por meio do Decreto nº 31.553, de 16 de março de 2016.

#### 1.4.2 Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 1º, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a vários tipos de contratação, tais como obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 2º da mesma Lei prevê, assim como o inciso XXI do art. 37 da CRFB/1988, a obrigatoriedade da licitação, ao afirmar que as contratações feitas com terceiros pela Administração devem ser precedidas de licitação.

Esse dispositivo ainda estabelece que a própria Lei prevê ressalvas a essa regra geral. São os casos de contratação direta sem licitação, já mencionados anteriormente. Essa contratação direta é dividida em dois tipos:

a) dispensa de licitação, que pode ser tanto a licitação dispensada como a licitação dispensável. A dispensável difere da dispensada porque no primeiro caso, ainda que o administrador não esteja obrigado a licitar, poderá executá-la caso queira. Essa previsão está no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. No segundo caso, sendo a licitação dispensada, não há liberdade para que se faça uma licitação, mesmo que se queira. Previsão esta que se encontra no art. 17 da mesma Lei. Em ambos os casos trata-se de rol *numerus clausus*, exaustivo<sup>16</sup>.

b) inexigibilidade de licitação, hipótese na qual a competição é inviável, a exemplo de casos em que há apenas um fornecedor de determinado produto. A previsão está no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, em rol exemplificativo, que pode ser constatado pela expressão “em especial” presente no *caput* do artigo.

Em todo caso, a Administração tem o dever de instaurar um procedimento administrativo, seja ele para realizar a licitação propriamente dita ou para justificar a hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 364 a 366; quanto ao rol taxativo, há JACOBY FERNANDES, Jorge. Op.Cit., p. 277.

<sup>17</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p.5.

## 1.5 Finalidades

O procedimento licitatório, além do claro objetivo de tornar possível a contratação do objeto de interesse da Administração, deve observar determinadas finalidades previstas em lei.<sup>18</sup>

Tais finalidades estão positivadas no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>19</sup> - Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993- e envolvem, basicamente, a observância do princípio da isonomia; a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Quando o legislador estabeleceu determinadas finalidades a serem seguidas, acabou por restringir a atuação do administrador aplicador dessa Lei. Isso porque deverá este sempre buscar atingir essas finalidades, e não buscar um fim que julgue apropriado<sup>20</sup>.

Não obstante, o que se percebe do dispositivo acima mencionado é que o princípio da isonomia desempenha papel fundamental em todo e qualquer procedimento licitatório, de forma que se garanta a igualdade de oportunidades a todos aqueles que desejarem oferecer uma proposta de contratação.

Por meio da observância dessa finalidade, é possível se garantir um mínimo de competitividade à licitação. Isso porque, quando se concede igualdade de condições aos particulares interessados, acirra-se a disputa, ao se permitir maior acesso ao procedimento, aumentando, assim, essa competitividade. Por conseguinte, aumentam-se as chances de se obter uma proposta mais vantajosa, sendo esta mais uma finalidade a ser respeitada.

Resta saber o que seria uma proposta mais vantajosa, o que não é algo fácil de se determinar. Por mais óbvio que pareça, nem sempre a proposta mais vantajosa será aquela com o menor preço, mesmo nos casos em que o procedimento licitatório for feito pelo tipo menor preço. Pode ser, inclusive, que uma contratação feita com base na escolha exclusivamente pelo produto com menor preço acabe por gerar um custo maior para a Administração. Explica-se: caso o produto seja de qualidade inferior a um outro com preço não tão elevado, há a chance de que ele se deteriore com mais rapidez, fazendo com que a

---

<sup>18</sup> Como bem explicita Marçal Justen Filho: “A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica.” JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 67.

<sup>19</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 67.

Administração tenha que contratar mais frequentemente e, por consequência, adquirir mais do mesmo produto.

Foi o que tentou mostrar o breve estudo “A relação custo-qualidade das aquisições no setor público”<sup>21</sup>, feito em âmbito local.

Há também a finalidade de se promover o desenvolvimento nacional sustentável, inovação esta trazida pela Lei nº 12.439/2010 e alvo de várias discussões. Entende-se<sup>22</sup> que, por não ser a licitação um fim, mas um meio para que se chegue a uma contratação, não se pode considerar a promoção do desenvolvimento sustentável como uma finalidade da licitação propriamente dita, e sim do contrato dela decorrente.

## 1.6 Princípios aplicáveis

Conceituando-se brevemente princípio, trata-se de proposição responsável não só pela integração do Direito, mas também por nortear toda e qualquer aplicação jurídica. Funcionam de forma a facilitar a compreensão do direito já existente e a guiar a atividade legislativa.<sup>23</sup>

Há uma série de princípios aplicáveis à licitação. Podem ser elencados, além dos princípios gerais do direito administrativo, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência; também a isonomia, a competitividade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo, estes últimos específicos da licitação.

### 1.6.1 Princípio da indisponibilidade do interesse público

No tocante à indisponibilidade do interesse público, visualiza-se primeiramente a necessidade do agente público atuar conforme dita a lei, seguindo o padrão do regime jurídico administrativo. Além disso, é necessário que o agente se poste não como um indivíduo que atua por conta própria, mas como um agente estatal representativo do Estado. Deve, por isso,

<sup>21</sup> CAMPELO, Renistenes Eunice Costa et al. A relação custo-qualidade das aquisições no setor público. *Revista Conbrad* [ISSN 2525-6815], v. 1, n. 2, p. 63-70, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaconbrad.com.br/editorial/index.php/conbrad/article/view/128/33>>. Acesso em: 15 out. 2016.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Lucas Furtado: “Além de servir para o atendimento de necessidade da Administração que motiva a realização da licitação, passa, a partir de agora, a constituir também instrumento da atividade de fomento, voltado, dessa forma, não só para os interesses imediatos da Administração contratante, como também para interesses mediatos, ligados às carências e ao desenvolvimento do setor privado.”. FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 350.

Também nesse sentido Justen Filho entende que sob o prisma microeconômico, as contratações destinam-se a assegurar a satisfação das necessidades estatais com a maior eficiência possível. Trata-se de buscar a maior vantagem, o que significa obter a prestação mais adequada mediante o menor desembolso possível. Sob o enfoque macroeconômico, as contratações públicas são instrumentos para promover o desenvolvimento nacional sustentável. Isso significa que as contratações públicas serão um meio para fomentar e assegurar o emprego da mão de obra brasileira e o progresso da indústria nacional, mas preservando o equilíbrio do meio ambiente. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 76.

<sup>23</sup> Jessé Torres Pereira Júnior define princípio como “a proposição geral e abstrata que permeia e orienta todo o sistema de normas ou de conhecimentos a que se refere.”. PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 19.

buscar atender o interesse público maior, sem a influência de possíveis favorecimentos pessoais ou perseguições.<sup>24</sup>

Analisando esse princípio sob o enfoque licitatório, é certo dizer que o interesse público pode ser encontrado nas disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993, e que, mesmo nos casos em que há certa discricionariedade permitida ao agente público, este deverá agir buscando alcançar o interesse coletivo.

Imagine-se situação em que o agente responsável pela licitação opta por fracionar<sup>25</sup> determinado objeto licitatório como forma de favorecer alguma pessoa, física ou jurídica. Neste caso, além de estar configurada a ilegalidade<sup>26</sup>, a atuação afronta diretamente o princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que se distancia completamente de tal interesse, neste caso claramente disposto na legislação.

No entanto, não se pode justificar todas as ações estatais com base no interesse público e em sua indisponibilidade ou supremacia. Certos limites devem ser estabelecidos, o que ocorre inúmeras vezes no conteúdo da Lei nº 8.666/1993. Exemplifica-se: mesmo quando da alteração unilateral dos contratos por parte da Administração – cláusula exorbitante prevista em lei -, é necessária a observância de certos limites, como os de 25% ou 50%, a depender do objeto<sup>27</sup>, com o intuito de garantir ao menos um mínimo de proteção ao particular.

### *1.6.2 Princípio da Legalidade*

Valendo-se de sua já explicitada competência privativa para legislar acerca de normas gerais de licitações e contratos administrativos, a União editou a Lei nº 8.666/1993. Esta, por sua vez, em seu art. 3º, estabelece a obrigatoriedade da observância do princípio da legalidade, de conteúdo expresso no *caput* do artigo seguinte, através da expressão “...direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei...”.

Decorrente desse princípio geral é a necessidade de observância do procedimento formal, uma espécie de linha a ser seguida pela Administração para se chegar a seu destino final – a contratação pública – sem maiores problemas.

<sup>24</sup> FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 354.

<sup>25</sup> De acordo com Jacoby Fernandes, fracionamento é “o termo geralmente empregado para designar a compra ou contratação de serviços parcelados, com o objetivo de fugir à modalidade de licitação pertinente ou provocar a indébita dispensa de licitação...”. JACOBY FERNANDES, Jorge. Op.Cit., p. 466.

<sup>26</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 89 Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:[...]

<sup>27</sup> Lei nº 8.666/1993: art. 65, § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

O princípio do procedimento formal vincula a licitação ao que está disposto na lei, mas não somente a ela, devendo-se incluir nesse âmbito as normas regulamentares e até mesmo o edital, que faz lei entre as partes<sup>28</sup>.

É interessante ressaltar que esse princípio vincula tanto o particular quanto a própria Administração, que deverá, em regra, cumprir todas as normas e condições do edital, em conformidade ao que dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, não se pode confundir a observância do princípio da legalidade e do procedimento formal com o excesso de formalismo, verdadeiro entrave para se alcançar as finalidades administrativas. Em razão disso é que se tem aplicado o formalismo moderado no âmbito estatal, com vistas a não comprometer todo um ato ou procedimento em decorrência de um mero erro procedimental que não acarrete efetivo prejuízo.

#### *1.6.3 Princípio da Moralidade*

Quanto a este princípio, tem-se que a ausência de lei acerca de determinado assunto não justifica eventual ofensa à ética e à moral. Conduta legal, mas que afronte a moralidade será considerada inválida.<sup>29</sup> Além disso, também se entende que não basta vincular a Administração, a moralidade deve também vincular os particulares licitantes.<sup>30</sup>

Nesse sentido, pode-se perceber que o princípio da moralidade deve pautar o procedimento licitatório, de forma que mesmo nos casos de cumprimento de todas as formalidade legais, não se poderá infringir os princípios éticos. A atuação administrativa, para ser efetivamente lícita, tem de respeitar tanto a lei, *latu sensu*, quanto os valores morais e a boa-fé.

Decorrente deste princípio está o da probidade administrativa, relativo especificamente à atuação ética estatal, de forma que a Administração deva cumprir com as regras de boa administração, procurando preservar a justiça e os bons costumes.

#### *1.6.4 Princípio da Igualdade*

Pode-se dizer que o princípio da igualdade é basilar para uma série de outros princípios no âmbito da licitação, tais como impessoalidade, competitividade, entre outros. A aplicação desse princípio, em especial, tem previsão clara no art. 37, inciso XXI da CRFB/1988, quando este estipula que deve ser assegurada igualdade de condições a todos os

---

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely. Op. Cit., p. 314.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 87.

<sup>30</sup> FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 356, 357.

concorrentes e que não se deve requerer dos licitantes o cumprimento de exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam aquelas estritamente necessárias ao cumprimento das obrigações. Ou seja, por meio da restrição a essas exigências, amplia-se o rol de possíveis concorrentes que estejam aptos e preencham determinados requisitos.

Em caráter exemplificativo, diz-se que afronta o princípio da igualdade de condições dos licitantes – e uma série de outros princípios tais como o da competitividade – o estabelecimento da exigência de que a sede da empresa prestadora do serviço seja no mesmo local onde o serviço será prestado. Isso porque, na maioria dos casos, não há razão para restringir direitos de outros participantes que não tenham sede no local de prestação de serviço. Ao contrário, pode ser que estes até sejam capazes de apresentar um desempenho superior àqueles com sede no local.

Embora o cumprimento desse princípio seja a regra geral, não se pode ignorar as exceções estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro para que seja dado tratamento diferenciado a certas pessoas, jurídicas ou físicas. É o caso do tratamento diferenciado a ser providenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, que tem base nos art. 170, inciso IX e 179 da CRFB/1988; em vários dispositivos da Lei nº 8.666, como no art. 5º-A; e é regulamentado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Esse último caso demonstra a concepção moderna do princípio da igualdade, propondo tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, sem que isto caracterize uma afronta ao princípio.

Ressalta-se também que o estabelecimento de condições e requisitos mínimos necessários à participação na licitação não afronta o princípio da igualdade. Explica-se: não há outro meio senão o estabelecimento de requisitos mínimos no edital para que a Administração consiga garantir a boa e regular execução contratual.<sup>31</sup>

#### *1.6.5 Princípio da Impessoalidade*

Investido de autoridade pública e do caráter estatal, devendo prezar pelo atendimento do interesse público, a autoridade responsável pela licitação deve prezar também pelo princípio da impessoalidade.

Esse princípio, intimamente relacionado ao princípio da igualdade de condições entre os licitantes, faz referência à proibição de tratamento parcial relativamente aos licitantes,

---

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely. Op. Cit., p. 316.

seja ele favorável ou não. Isto é, não se pode dar um tratamento diferenciado a determinado licitante com base em critérios pessoais.

Tendo-se por base o já exposto quando se tratou do princípio da legalidade, sabe-se que a autoridade estatal deverá sempre atuar conforme os ditames da lei e do edital. Essa ideia, além de limitar a discricionariedade do agente público, é fundamental para a efetivação do princípio da impessoalidade, pois que, por meio de regras e critérios, restringe-se a possibilidade de tomada de decisões parciais baseadas na subjetividade da autoridade, tornando sua decisão uma emanção da vontade do Estado.<sup>32</sup>

Defende-se, ainda, que o princípio da impessoalidade revela a obrigatoriedade de se tratar todos os licitantes de forma neutra, sendo ele a designação do princípio da igualdade perante a Administração.<sup>33</sup>

Não obstante deva-se tratar esse princípio como regra geral, há casos em que o próprio interesse público justifica a opção por adotar critérios pessoais. Há um exemplo bastante esclarecedor<sup>34</sup>, que é a hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de objeto de serviços técnicos de natureza singular com profissional ou empresa de notória especialização<sup>35</sup>.

#### *1.6.6 Princípio da vinculação ao edital<sup>36</sup> e do julgamento objetivo*

Deve-se também fazer uma breve remissão aos princípios da vinculação ao edital e ao julgamento objetivo. São princípios tratados pela totalidade da doutrina e necessários à boa compreensão das licitações públicas.

Quanto à vinculação ao edital, a regra é claramente disposta no art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece a obrigação de a Administração cumprir as normas e condições do edital.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Nesse sentido, Marçal Justen Filho expõe que “a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador.” JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 87.

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 536.

<sup>34</sup> FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 356.

<sup>35</sup> Jacoby Fernandes afirma ser necessário, nesse caso, considerando-se a inviabilidade da competição, que: se trate de serviço técnico; o serviço esteja elencado no art. 13 da Lei nº 8.666/1993; o serviço apresente determinada singularidade; o serviço não seja de publicidade ou divulgação; o profissional detenha a habilitação pertinente; especialização na realização do objeto pretendido; a especialização seja notória e intimamente relacionada com a singularidade pretendida pela Administração. JACOBY FERNANDES, Jorge. Op.Cit., p. 605.

<sup>36</sup> Ressalta-se que, a depender da modalidade licitatória, o instrumento convocatório poderá ser o próprio edital ou o convite, conforme disponha a lei nº 8.666/1993.

<sup>37</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Estando o particular obrigado a cumprir os requisitos estipulados caso queira contratar com a Administração, fica também vinculado ao edital, que faz lei entre as partes.

O art. 41 também dispõe, em seu parágrafo 2º, que os licitantes tem pleno direito de impugnar cláusulas editalícias consideradas por eles abusivas ou ilegais. Passado o prazo para se praticar tal ato, o edital deverá ser respeitado e seguido até que se conclua todo o procedimento licitatório<sup>38</sup>, servindo inclusive de guia para o contrato<sup>39</sup>.

Apesar de ter plena liberdade na estipulação do edital – desde que respeitadas as disposições e limites legais -, a Administração se vê obrigada a elencar todas as condições da disputa a ser travada, antes mesmo que ela comece. Isso porque deve-se garantir aos licitantes certo grau de previsibilidade quanto ao que será cobrado e como se dará todo o procedimento. Reconhece-se, por isso, forte relação entre este princípio e a necessidade de se assegurar um mínimo de segurança jurídica aos participantes do certame.

Vale lembrar que, como defende o princípio do formalismo moderado, é aconselhável que não se deixe comprometer todo o certame por simples irregularidade ou vício com que se depare. Deve-se avaliar, caso a caso, à luz do princípio da legalidade, qual o impacto da irregularidade sobre o procedimento. Não sendo de grande relevância, deve-se sanar o vício e prosseguir com a licitação, dando assim vida aos princípios da celeridade e da eficiência.

Já quanto ao princípio do julgamento objetivo, pode-se afirmar que há clara ligação com o princípio da impessoalidade, da legalidade e da vinculação ao edital.

Isso porque, por meio de critérios estabelecidos no edital – princípio da vinculação ao edital -, o administrador, propositadamente ou não, vê reduzidas sua discricionariedade e sua subjetividade, devendo lidar e julgar as questões procedimentais de forma objetiva, seguindo os padrões da lei e do instrumento convocatório – princípio da legalidade -, de forma a não conceder nenhum tratamento parcial a qualquer dos licitantes – princípio da impessoalidade.

Dispondo expressamente sobre o princípio do julgamento objetivo, os arts. 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993<sup>40</sup> revelam que os critérios definidos no edital, que servirão de base para o julgamento das propostas, devem ser objetivos e não devem contrariar normas e princípios

---

<sup>38</sup> Meirelles entende que “Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento.” MEIRELLES, Hely. Op. Cit., p. 321.

<sup>39</sup> Lucas Rocha Furtado afirma: “ O instrumento convocatório, ..., serve não apenas de guia para o processamento da licitação, como também de parâmetro para o futuro contrato. FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 360.

<sup>40</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei; Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.



estabelecidos na referida Lei. Não se pode optar por novos critérios de julgamento das propostas depois de já iniciada a realização do certame licitatório.<sup>41</sup> Mais uma vez se vê a proteção à segurança jurídica dos licitantes e sua importância para o bom processamento da licitação.

Dessa forma, ao se observar devidamente o referido princípio, o Administrador se vê mais seguro para julgar as propostas dos participantes, uma vez que haverá claras regras a serem seguidas e, por consequência, o risco de cometer uma decisão arbitrária é diminuído. Trata-se de uma situação benéfica tanto a ele, representante da Administração, quanto à sociedade e principalmente aos licitantes.

É claro, porém, o fato de que nas licitações do tipo menor preço – aquelas que devem ser julgadas basicamente pelo preço das propostas que se encaixem nos requisitos do edital – o julgamento objetivo é mais facilitado, por não envolver, em regra, juízo de valoração quanto à qualidade e técnica, por exemplo, já que esse tipo de valoração requer uma razoável quantidade de pessoalidade.<sup>42</sup>

#### *1.6.7 Princípio da competitividade*

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, conferiu às licitações administrativas o caráter de tema constitucional. Isso por conta da relevante importância da competitividade nas contratações públicas em relação à democracia e à moralidade administrativa, de forma a se assegurar a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.<sup>43</sup>

Trata-se, pois, de princípio específico da licitação, de observância obrigatória aos agentes públicos.<sup>44</sup>

O caráter competitivo da licitação é protegido pelo art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/1993<sup>45</sup>, que estabelece a proibição dos agentes públicos de admitir cláusulas ou condições que o comprometam, estabelecendo tratamento diferenciado a determinados

<sup>41</sup> FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 362.

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. Op.Cit., p. 542.

<sup>43</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 21.

<sup>44</sup> É o que entende Jessé Pereira, ao comentar o §1º, inciso I, do art. 3º da Lei nº 8.666/1993. *Ibidem*. P. 66.

<sup>45</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 3º [...] § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#); [...]

licitantes fora das hipóteses admitidas em lei e que não sejam essenciais à contratação do objeto da licitação.

Não é necessário, para a violação do dispositivo mencionado, que se tenha a efetiva intenção de beneficiar determinado licitante<sup>46</sup>, ou seja, basta a restrição indevida da competição para que seja configurada ilegalidade.

É necessário ressaltar que o mero estabelecimento de critérios e condições indispensáveis ao cumprimento do objeto contratual não afronta o princípio da competitividade da licitação. É o que se conclui da leitura do inciso XXI do art. 37 da CRFB/1988.

Lembra-se também que na proibição da prática de condutas que maculem a competição, percebem-se tanto as condutas comissivas (admitir, prever e incluir) quanto as omissivas (tolerar).<sup>47</sup> Em relação às condutas comissivas, é nítido que se tenta coibir as ações das autoridades responsáveis por elaborar o ato convocatório, ao passo que as condutas omissivas, representadas pelo verbo “tolerar”, visam a alcançar as práticas de autoridades envolvidas com o controle e aprovação do mesmo ato convocatório.<sup>48</sup>

Pelo fato de ser a competitividade essência da licitação, sendo exatamente o que ela buscar proteger<sup>49</sup>, deveria ela estar expressamente prevista como princípio, ao lado dos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa no *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, o que não acontece de fato. Entretanto, em diversos dispositivos dessa Lei, visualiza-se a presença do princípio da competitividade, a exemplo do art. 25 da mesma Lei, que prevê a inexigibilidade de licitação quando da inviabilidade de competição.<sup>50</sup>

Qualquer tratamento diferenciado ou discriminação deve estar subordinado à vantajosidade. Isso quer dizer que, no caso de se oferecerem condições diferenciadas a determinado licitante, deve-se observar, concomitantemente, a proporcionalidade relativa ao

---

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 94.

<sup>47</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 66.

<sup>48</sup> É o que expõe Marçal Justen Filho, exemplificando: “Assim, pode-se configurar a tolerância ilícita e reprovável quando a assessoria jurídica, por ocasião da análise do ato convocatório, deixa de apontar a existência de cláusula violadora da isonomia.”. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 93.

<sup>49</sup> Lucas Rocha Furtado afirma que a competitividade é um dos fundamentos básicos da licitação, sendo responsável, em regra, pela obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. FURTADO, Lucas. Op.Cit., p. 386.

Celso de Mello afirma também que o princípio da competitividade é da essência da licitação e, além de ser uma vertente do princípio da isonomia, é um dos responsáveis por sua garantia. BANDEIRA DE MELLO, Celso. Op.Cit., p. 542, 543.

<sup>50</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 66.

fato que gerou aquela diferenciação, a exemplo de ser o licitante microempresa ou empresa de pequeno porte.<sup>51</sup>

Já se pode notar, portanto, que a competição é a própria razão pra se ter uma licitação. Ou seja, havendo competição, deve ser realizado o procedimento licitatório. E, além disso, também já fica claro que quanto maior a competição, maior é a chance de a Administração ter acesso à proposta mais vantajosa, já que, em tese, o número de licitantes será maior.

---

<sup>51</sup> Marçal Justen Filho: “Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.” ; “diferenciações ou benefícios inúteis, excessivos ou violadores da proporcionalidade em sentido estrito são ilegais.”. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 93.

## 2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993

### 2.1 Breve introdução

Tipo é um modelo abstrato que se refere aos elementos do fato punível presentes na lei penal, limitando e individualizando as condutas humanas relevantes para o Direito Penal. Esses elementos constituintes do tipo identificam o comportamento proibido pela norma.<sup>52</sup>

A análise da subsunção de uma conduta a um modelo típico, analisando os requisitos previstos na lei, para que se configure infração penal, é o que se denomina de “juízo de tipicidade”. Havendo tal configuração, a conduta é penalmente relevante, ou seja, há tipicidade.<sup>53</sup>

Não obstante, no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o tipo penal é formado por elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto, ou seja, o tipo visa a identificar o bem jurídico protegido pelo legislador. É o que defende o atual panorama da teoria do delito.<sup>54</sup>

Esse bem jurídico é base para toda a interpretação do tipo penal, já que expressa o “sentido social próprio”, anterior à própria norma penal. É também inerente a um Estado Democrático de Direito, que deve assegurar proteção penal à ordem constitucional. Define-se, portanto, bem jurídico “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”.<sup>55</sup>

Trazendo-se esses conceitos para o Direito Penal das Licitações, fica clara a necessidade de se avaliar as condutas penais previstas na Lei de Licitações a partir da “política de moralidade administrativa” presente na CRFB/1988. Isso quer dizer que, além de ser obrigatória a análise da conduta frente aos princípios gerais do Direito Administrativo, tais como legalidade e impessoalidade, cada tipo penal ficará adstrito a sua objetividade jurídica, a seu “bem jurídico específico e determinado”.<sup>56</sup>

Possível indagação que se faça é acerca do fato de se terem estabelecidos crimes na lei de licitações quando já havia certa positivação no Código Penal. Acontece que os dispositivos que tratam de crimes licitatórios no Código Penal são esparsos e genéricos, não dando o devido tratamento a bens jurídicos de grande importância do Direito Administrativo.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 1: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 566.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 567.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>57</sup> Nesse sentido, afirma André de Freitas: “entendeu-se que o bom funcionamento da Administração Pública e o zelo pela probidade administrativa, nos procedimentos de licitação e contratação, são fatores de acentuada relevância, merecedores de tutela mais efetiva, de segurança maior do que a oferecida pelas normas de caráter

Com efeito, percebendo-se a necessidade de melhor positivação dos crimes relacionados a licitações e contratações administrativas, editou-se a Lei nº 8.666/1993, que ao lado do Código Penal e demais legislações correlatas, deve funcionar, regra geral, da seguinte forma:

Baseando-se no fato de que muitas vezes a subsunção de um fato à norma, a um tipo legal de crime, não é uma tarefa tão fácil - o que acontece nos casos em que uma mesma conduta criminosa tenha características presentes em mais de um tipo incriminador - devem ser utilizados para a boa aplicação do direito, entre outros, os critérios da especialidade e da subsidiariedade.<sup>58</sup>

Primeiramente, a especialidade – “*lex specialis derogat legi generali*” – estabelece que a norma especial prevalece em relação à norma geral, pois que, além de conter os elementos desta, contém ainda um detalhe a mais necessário à devida aplicação jurídica.<sup>59</sup>

Além disso, há o critério “*lex primaria derogat legi subsidiariae*”, que se utiliza da subsidiariedade para decidir qual a norma aplicável ao caso, referindo-se à situação em que diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico, porém em diferentes fases ou etapas. Pune-se conduta de fase anterior, mas ao mesmo tempo, em outra norma, pune-se a prática de conduta relativa a fase posterior, mais grave, que envolve a primeira. Explica-se: na ausência de norma incriminadora de conduta mais grave, aplica-se a norma “subsidiária”.<sup>60</sup>

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993, por se tratar de norma especial à matéria de Licitações e Contratos, inclusive no que tange ao Direito Penal das Licitações, deve ser aplicada quando confrontada com norma que trate da mesma matéria de forma geral, que é o caso do Código Penal. Por outro lado, o Código Penal e demais normas correlatas devem ser utilizados de forma subsidiária à Lei de Licitações, como forma de suprir e complementar eventual lacuna com que se depare.

Pois bem, analisando-se a Lei nº 8666/1993, vê-se que os crimes e as penas nela cominados estão positivados entre os arts. 89 e 99.<sup>61</sup>

---

civil e administrativo e pelos tipos genéricos do Código Penal, que deixavam lacunas em diversas hipóteses.” FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

<sup>58</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 50.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>60</sup> TOLEDO, Francisco. Op.Cit., p. 51.

<sup>61</sup> A doutrina reconhece uma dificuldade em tratar do direito penal das licitações, pois que, como mencionado anteriormente, deve haver uma análise tanto do direito penal quanto do direito administrativo envolvido para que se tenha uma análise minimamente razoável quanto à reprovabilidade da conduta. Como a maioria dos doutrinadores que comentam a Lei de Licitações tem uma ligação mais forte com o Direito Administrativo, buscou-se dar tanto a visão destes quanto a visão de renomados penalistas sobre o assunto em tela.

## 2.2 Bem jurídico tutelado

O dispositivo da Lei nº 8.666/1993 objeto desse estudo dispõe o seguinte:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Há grande similaridade entre esse dispositivo e o art. 335 do Código Penal<sup>62</sup> – CP/1940 –, mas não se pode confundi-los, uma vez que o art. 90 da Lei de Licitações, além de inserir o elemento subjetivo específico do tipo – o dolo específico – volta-se a proteger o fundamento do procedimento licitatório, que é a competitividade, e não a licitação propriamente dita. Não obstante, o art. 335 do CP/1940 dispõe acerca de condutas reprováveis relativas especificamente à modalidade licitatória de concorrência e de venda em hasta pública – leilão –, o que não é o caso da Lei de Licitações.

Apesar do conflito aparente entre essas duas normas, conforme se conclui da análise doutrinária<sup>63</sup>, o delito previsto no art. 335 do Código Penal, relativo a impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública, foi substituído pelas disposições penais da Lei nº 8.666/1993, lei esta especial quanto ao tema. O conflito aparente, portanto, foi resolvido pelo critério da especialidade, revogando-se tacitamente o dispositivo do Código Penal<sup>64</sup>, uma vez que os arts. 90, 93, 95, 96 e 98<sup>65</sup> da Lei de Licitações abarcaram toda a matéria objeto de proteção do art. 335 do CP/1940, qual seja basicamente a moralidade e probidade administrativa revelada na regularidade das licitações públicas.

<sup>62</sup> BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1230, 1231.

<sup>64</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493-498.

<sup>65</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena -detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa; Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena -detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida; Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena -detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa; Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Tratando-se agora do bem jurídico protegido pelo art. 90, percebe-se, pela simples leitura do dispositivo, que a tutela principal volta-se ao “caráter competitivo do procedimento licitatório”, não excluindo, no entanto, a probidade, a impessoalidade e moralidade, por exemplo.

Não se pode esquecer do patrimônio público, já que, protegendo-se a competitividade, a seleção da proposta mais vantajosa é facilitada, o que, muitas vezes, envolve o menor preço<sup>66</sup>. Ou seja, o patrimônio também é bem jurídico que esse artigo busca proteger.

A competição, portanto, é o cerne do dispositivo, expressando o sentido social de se garantir a devida concorrência na licitação, proporcionando igualdade de condições aos licitantes com vistas à seleção da proposta mais vantajosa.

O que acontece muitas vezes é que a busca incessante, a qualquer custo, pela vantagem econômica, seja ela por parte do agente público ou do particular, acaba por comprometer a moralidade da competição licitatória. É exatamente isso que esse dispositivo tenta evitar.<sup>67</sup>

### 2.3 Sujeito ativo e passivo do delito

É necessário ao agente público, para a boa execução de seu papel, que deixe de lado “interesses e sentimentos pessoais”, procurando dar à sociedade a melhor prestação estatal possível.”<sup>68</sup>

Isso decorre da necessidade do bom funcionamento das instituições no âmbito do Estado Democrático de Direito. Tendo-se como base a Constituição Federal de 1988, verifica-se que ao se buscar atingir os grandes objetivos da República – previstos no art. 3º desta Carta: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades; e promover o bem de todos -, deve-se garantir, no mínimo, um desempenho eficiente das funções estatais.

Nesse ensejo, uma das condições elementares para tornar isso possível é buscar a manutenção da probidade no governo, buscando-se proteger o patrimônio público, entendido

<sup>66</sup> Como bem explica André de Freitas, o foco na proteção do caráter competitivo do certame licitatório diz respeito à procura pela obtenção da proposta mais vantajosa, que, na maioria das vezes, preza pelo menor preço. Por consequência lógica, portanto, o art. 90 da Lei de Licitações busca também resguardar o patrimônio público, apesar de não ser o dano patrimonial requisito para configuração do crime. FREITAS, André. Op. Cit., p. 97,98. Bitencourt concorda com tal posicionamento ao dizer que também há a tutela da inviolabilidade do patrimônio público e privado, já que a fraude à competitividade muitas vezes tem por consequente lógico o dano patrimonial. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 184.

<sup>68</sup> Bitencourt afirma que: “o sentimento do administrador público, enfim, não pode ser outro senão o de cumprir e fazer cumprir o processo licitatório com toda transparência e correção, observando estritamente as disposições legais pertinentes à matéria.” *Ibidem*, p. 132.

em todos os seus aspectos, o que envolve a adoção dos princípios gerais da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da CRFB/1988. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, considera-se que a honestidade, eficiência e zelo em relação ao patrimônio público são direitos transindividuais, entendido estes como aqueles direitos que não têm titular individualmente determinado, ou seja, não pertencem a ninguém egoisticamente. Devem ser exercidos em benefício da coletividade.<sup>69</sup>

O agente público, investido na função estatal, deve, portanto, pautar suas ações e comportamentos na probidade administrativa, de forma a atuar em prol do povo, sem discriminações indevidas fundadas em interesses individuais.

Aqueles que têm a possibilidade de praticar o delito de fraude ou frustração do caráter competitivo das licitações públicas – sujeitos ativos – são tanto o servidor, seja ele formalmente responsável pelo procedimento licitatório ou não, quanto o particular, envolvido direta ou indiretamente no certame<sup>70</sup>. Pessoas jurídicas também podem estar no polo ativo, quando participam do ajuste ou combinação.<sup>71</sup> Na maior parte dos casos, o que acontece é que o concorrente que está sendo beneficiado exerce o papel de sujeito ativo, mas também é muito comum o concurso entre o particular e o servidor público ou entre os próprios licitantes<sup>72</sup>. Importante lembrar que “ajuste ou combinação” teoricamente ensejam concurso necessário, pois envolvem mais de uma pessoa.

Nota-se, contudo, a possibilidade do concurso eventual de pessoas, em qualquer de suas formas – coautoria ou participação -, quando, por exemplo, terceiro beneficiário não tenha qualquer conhecimento do crime, inclusive da origem criminosa da vantagem que lhe foi atribuída, não sendo possível, nesse caso, sua punição.<sup>73</sup>

Já no âmbito passivo desse delito pode estar o Estado, representado pelo órgão ou entidade pública que tem sua moralidade e interesse afetados, e também os demais licitantes, pessoas físicas ou jurídicas, que veem seu direito prejudicado pela ausência da devida competitividade.

---

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 106.

<sup>70</sup> Concordam nesse sentido Jessé Pereira Junior e Marçal. PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 90; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 1177.

<sup>71</sup> Apesar de assim entender, André de Freitas faz uma ressalva quanto ao fato de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no caso de crimes penais licitatórios não é autorizada constitucionalmente. Nesses casos, a responsabilidade criminal recai normalmente sobre o representante da pessoa jurídica. FREITAS, André. Op. Cit., p. 46, 50.

<sup>72</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 906; BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 194.

<sup>73</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 185.



## 2.4 Análise do tipo penal

Como a maioria das normas penais da Lei nº 8.666/1993, o art. 90 exprime uma norma penal em branco<sup>74</sup>.

Normas penais em branco são aquelas que têm preceitos genéricos ou indeterminados, ou seja, necessitam de complementação. Podem ser classificadas em sentido lato – homogênea -, quando mesma fonte formal faz a complementação - lei complementa lei originária da mesma fonte formal; e em sentido estrito, quando fonte formal heterogênea, originária de outra instância legislativa, é responsável por essa complementação – ato normativo, por exemplo. Vale lembrar que as normas penais em branco em sentido estrito têm seu conteúdo muitas vezes determinado pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, ato infralegal. Deve-se, no entanto, respeitar os limites e parâmetros que a norma penal em branco estabelece.<sup>75</sup>

O dispositivo em tela se enquadra tanto como norma penal em branco em sentido lato como em sentido estrito. Explica-se: não se estabelece exatamente qual conduta frustraria ou fraudaria o caráter competitivo do procedimento licitatório, o que faz a norma necessitar de complementação por parte do Direito Administrativo, da doutrina e da jurisprudência.

É certo, no entanto, que há certa complementação pelo próprio legislador no art. 3º, parágrafo 1º, incisos I e II da Lei nº 8.666/1993<sup>76</sup>, em que são estabelecidas hipóteses de comprometimento ao caráter competitivo dos atos de convocação pela presença de cláusulas impertinentes e irrelevantes. É o que se entende por complementação de conteúdo pela mesma fonte formal, que é a lei.

Destaca-se a hipótese do inciso II supracitado, que veda tratamento diferenciado entre empresas nacionais e estrangeiras.

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 1169.

<sup>75</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 1: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327-329.

Nucci define também norma penal em branco como “aquelas cujo preceito primário é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, além de terem o preceito sancionador determinado.”. Afirma, ainda, que “as normas penais em branco não ofendem a legalidade, porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa extrapenal”. NUCCI, Guilherme. Op. Cit., p. 85.

<sup>76</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 3º: [...] § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#); II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#). [...]

No entanto, não se pode negar que, quanto à conduta que frustra ou frauda a competitividade da licitação, também se observará complementação de conteúdo por parte principalmente da jurisprudência – fonte formal diversa.

O tipo penal do art. 90 é de “conteúdo variado”, ou seja, mesmo que praticadas todas as condutas previstas nos verbos nucleares, o agente estará praticando o mesmo crime.<sup>77</sup>

Analisando-se a redação do dispositivo, nota-se que há dois verbos de ação relacionados à competitividade do certame licitatório. “São, portanto, duas modalidades de condutas incriminadas”<sup>78</sup>. O primeiro deles é “frustrar”, que faz referência a comprometer, anular, impedir ou inviabilizar a competição<sup>79</sup>. Já a fraude<sup>80</sup> – enganação, que emprega meio ardiloso - traduz o modo pelo qual se prejudique a competição, muitas vezes por meio do desvio de atenção do responsável pela licitação e dos próprios concorrentes.

Basicamente, portanto, ambos os verbos mencionados no parágrafo anterior se voltam a levar o administrador e os demais licitantes ao erro, objetivando-se alguma vantagem. A verdade real dos fatos fica desconhecida em virtude desse erro ou dessa enganação.<sup>81</sup>

Ajuste ou combinação, por sua vez, nada mais são que meios pelos quais se chega à fraude ou frustração da competitividade<sup>82</sup>. Há quem diferencie esses dois institutos, afirmando ser o ajuste um acordo entre coautores que objetiva afastar a competição, enquanto combinação teria um caráter mais amplo, como uma estratégia montada para impedir a competição<sup>83</sup>. Entende-se que os termos são sinônimos.

<sup>77</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, 188.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>79</sup> *Idem*. Quanto a “frustrar”, Bitencourt entende que essa modalidade se reflete tanto no procedimento licitatório quanto em seu caráter competitivo, afirmando ainda que “implica no impedimento da licitação, esta não se realiza pura e simplesmente, sendo a frustração de qualquer dos dois o bastante para que seja caracterizada a conduta”. O doutrinador assim entende alegando que no caso da frustração do procedimento licitatório estar-se-ia, por consequência, frustrando-se seu caráter competitivo.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 190, 191. Sobre essa modalidade de conduta, Bitencourt traz uma comparação à fraude utilizada no furto e no estelionato, sendo, no primeiro caso, utilizada para desviar a atenção da vítima e, no segundo caso, utilizada para obter seu consentimento de forma viciada. Afirma-se que a fraude constante do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 se trata de um misto desses dois casos, uma vez que aproxima-se do caso do furto quando compromete a vigilância do administrador ou dos demais licitantes e aproxima-se do caso do estelionato quando busca induzi-los a erro. Pode ser que a caracterização da conduta ocorra de uma forma ou de outra, ou mesmo de uma combinação das duas.

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op. Cit.*, p. 190, 191.

<sup>82</sup> Mesmo no caso de serem o ajuste ou a combinação as condutas incriminadas – e não o são -, o próprio art. 31 do Código Penal estabelece: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.” Sobre o tema, Marçal afirma que, diferentemente do que acontece no delito do estelionato – art. 171 do Código Penal – é dispensável nesse caso que a Administração Pública seja induzida ou mantida em erro. Somente é necessário que a conduta seja suficiente para enganá-la. Caso não o seja, ficará caracterizada a falta de potencialidade lesiva. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>83</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. *Op. Cit.*, p. 907.

Além disso, o próprio dispositivo mostra que as hipóteses de frustração ou fraude são exemplificativas, já que “qualquer outro expediente” pode levar ao comprometimento da competição. Existe a possibilidade, portanto, de o expediente utilizado ser artifício, ardil, admitindo-se também qualquer outra forma relacionada<sup>84</sup> à fraude ou à frustração que seja apta a enganar aqueles envolvidos no processo licitatório.

Ajuste ou combinação podem ser ainda percebidos de forma parcial, quando há, por exemplo, o estabelecimento de cláusulas que comprometam a participação de concorrentes no certame, sendo percebidos de forma total quando há o uso de meios que assegurem a vitória de determinado licitante.<sup>85</sup>

De forma mais clara, pode-se dizer que frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório manifesta um verdadeiro “jogo de cartas marcadas”, pois que já se sabe qual será o resultado da licitação, e os licitantes, sabendo ou não, apenas concorrem para um objeto que já foi previamente adjudicado<sup>86</sup> a alguém.<sup>87</sup>

Muitas vezes também há a tentativa de fazer com que a licitação seja deserta<sup>88</sup>, para que haja adjudicação direta do objeto a determinado sujeito.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> André de Freitas defende que não é necessário estar “qualquer outro expediente” vinculado ao ajuste ou combinação, “podendo ser um expediente unilateral e autônomo voltado à frustração do caráter competitivo do certame, como, v.g., fornecimento de endereço errôneo para a entrega das propostas; supressão da publicação na imprensa oficial do edital de abertura do certame; estabelecimento de condições para licitar que visivelmente só podem ser satisfeitas por determinado licitante; inclusão das chamadas ‘cláusulas discriminatórias’ mencionadas no art. 3º, §1º, I, da Lei de Licitações.”. FREITAS, André. Op.Cit., p. 100.101.

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 194.

<sup>86</sup> Importante ressaltar mais uma vez a conceituação de adjudicação: José Cretella Júnior afirma que adjudicação é fase mais virtual que real, sendo que àquele que fica em primeiro lugar no certame é criada uma expectativa de direito à contratação, que não se confunde com direito subjetivo, já que a Administração é dotada de poder discricionário, em que avalia conveniência e oportunidade. Dessa forma, caso assim entendido pelo Estado, ocorrerá a adjudicação do objeto do contrato ao vencedor e subsequente formalização contratual.

Vale lembrar que Cretella Júnior, ao contrário da maioria da doutrina, afirma que não há direito subjetivo nem à adjudicação, ou seja, não admite a adjudicação compulsória, que é inclusive tida para muitos doutrinadores como princípio. Dessa forma, para ele, vencida a competição, nasce apenas uma expectativa de direito, tanto em relação à adjudicação quanto em relação à celebração contratual.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993). 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 289, 290.

<sup>87</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 906.

<sup>88</sup> Licitação deserta ou frustrada é aquela em que há ausência de interessados, ou seja, foi feita determinada licitação e ninguém se mostrou interessado, não houve apresentação de propostas. Quando isso acontece, pode-se ensejar contratação direta sem licitação, pela modalidade dispensa, prevista no art. 24, inciso V da Lei nº 8.666/1993. Segundo Jacoby Fernandes, para que seja possível se dispensar a licitação com base na ausência de interessados, é necessário que: haja licitação anterior; haja ausência de interessados, gerando a frustração da disputa; haja risco de prejuízos caso a licitação seja repetida; haja inevitabilidade do prejuízo mediante contratação direta; deve-se contratar nas mesmas condições da licitação que ficou frustrada. JACOBY FERNANDES, Jorge. Op.Cit., p. 327-331.

<sup>89</sup> FREITAS, André. Op.Cit., p. 102.

Resta clara, portanto, a necessidade do estabelecimento de um nexo causal entre a fraude ou frustração praticada e a inviabilidade da licitação, decorrente do comprometimento de seu caráter competitivo.<sup>90</sup>

Diz-se que o crime somente é consumado quando se constata a fraude ou a frustração da competitividade, mas é relevante dizer que admite-se a tentativa em razão de se poder fracionar a execução do delito<sup>91</sup>, dividi-lo em atos, devendo ter o crime pelo menos se iniciado, pois que o mero ajuste ou combinação, por si só, são impuníveis.<sup>92</sup>

Ademais, não há óbice para o concurso de crimes, a exemplo do que se pode perceber do concurso entre o delito do art. 90 e 95 da Lei nº 8.666/1993, este último que trata de fraude de licitação de aquisição ou venda de bens em prejuízo da Fazenda Pública.<sup>93</sup>

Ressalta-se que para a caracterização do crime, o procedimento licitatório já deve estar instaurado, pois que se ainda não estiver, pode haver a caracterização não do delito do art. 90, mas de outros, como do art. 89, em que há fraude anterior à instauração, que implica dispensa ou inexigibilidade indevida.<sup>94</sup>

Mesmo havendo dolo em fraudar a competição, pode ser que não se chegue a esse objetivo, por razão, por exemplo, de haver um elevado número de participantes que iniba eventual tentativa de direcionamento.

Defende-se, nesse caso, que a conduta tende a ser caracterizada como crime impossível, ensejando sua atipicidade, já que foi ineficaz em produzir o resultado pretendido.<sup>95</sup>

Não obstante, assim como os demais dispositivos penais da Lei nº 8.666/1993, o art. 90 somente admite a forma dolosa. Ou seja, há de ter a vontade, a má-fé em se praticar o delito, qual seja a fraude ou frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório.

Mas, no caso do art. 90, há uma peculiaridade: o dolo específico ou o elemento subjetivo especial do tipo.

---

<sup>90</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 197.

<sup>91</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 908; André de Freitas afirma, ainda, que o cabimento da tentativa dá-se em razão de se poder fracionar o processos executivo “entre a execução propriamente dita e a consumação do crime”, o que pode muito bem ser feito no âmbito do art. 90. FREITAS, André. Op.Cit., p. 106, 107.

<sup>92</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 209.

<sup>93</sup> FREITAS, André. Op.Cit., p. 98.

<sup>94</sup> FREITAS, André. Op.Cit., p. 102.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 108, 109. Isso seria em razão do que dispõe o art. 17 do Código Penal: Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

## 2.5 Sobre vantagem ilícita e prejuízo alheio

A vantagem ilícita e o prejuízo alheio não são elementares normativas para o delito do art. 90 da Lei nº. 8.666/1993. Enquanto a vantagem constitui o elemento subjetivo especial do injusto, o prejuízo alheio será somente mais uma consequência do crime.<sup>96</sup>

Apesar de a obtenção de vantagem decorrente da adjudicação ser normalmente o fim buscado por aqueles que fraudam a competição da licitação, não pode essa ser considerada a ação tipificada (ação esta que é representada pelos verbos “frustrar” ou “fraudar”), já que não precisa se concretizar para que o crime seja consumado. Basta que essa vantagem tenha sido o que levou o sujeito a praticar o crime.<sup>97</sup>

Por outro lado, o art. 90 não deixa claro o conceito de vantagem, afirmando apenas que seja para si ou para terceiro e que seja decorrente da adjudicação do objeto licitatório. Haveria, portanto, natureza econômica envolvida? Parte da doutrina entende que sim, mas há forte discordância em relação ao tema.<sup>98</sup> Entende-se que não é necessário que a vantagem seja estritamente econômica ou voltada a quantias pecuniárias, podendo ser, inclusive, relacionada à intenção de tirar determinado concorrente do mercado ou de ampliar o próprio negócio, embora sem lucro direto. Além de a redação do artigo não dar a entender que a vantagem seria de caráter econômico, a jurisprudência vem admitindo outras hipóteses.

Sabe-se que o Código Penal, em diversos artigos que tratam do termo “vantagem”, normalmente adjetiva esse termo, seja de ilícita, seja de econômica. No entanto, o art. 90 não determina sua natureza. Regra geral, quando o legislador quer limitar o sentido de vantagem, utiliza termos como indevida, sem justa causa, entre outros, assim como faz em relação aos crimes contra o patrimônio no Código Penal.<sup>99</sup> Essa é mais uma razão para se entender que a vantagem não deve ser entendida somente como pecuniária. Fosse esse o caso, provavelmente o legislador a teria adjetivado, uma vez que a objetividade jurídica do crime não é primordialmente a proteção do patrimônio, apesar de envolvê-la.

Havendo, portanto, fraude ou frustração, com o intuito de obter vantagem, não é relevante se a natureza dessa vantagem é econômica ou não. Deve, contudo, ser injusta, e há

<sup>96</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 197.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 191. No mesmo sentido, Jessé e André: “[...] vindo efetivamente a alcançar tal resultado, o crime será tido como exaurido, porém consumado já estava desde o momento em que o caráter competitivo do certame foi frustrado ou fraudado. Temos aqui, por conseguinte, hipótese de crime formal.”. PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 908; FREITAS, André. Op.Cit., p. 106.

<sup>98</sup> Jessé Pereira Junior entende pelo caráter econômico da vantagem. Como exemplo de discordância, há André de Freitas, que afirma ser possível qualquer vantagem, como a social, a política, entre outras, até mesmo pelo fato de que “[...] a objetividade jurídica desse crime não é só o patrimônio do Poder Público.”. Pode ser que a vantagem não afete o patrimônio público, mas é certo que afrontará algum princípio da licitação. PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op.Cit., p. 907. André. Op.Cit., p. 103.

<sup>99</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 198.

quem entenda que eventual prejuízo que dela decorra deve representar um prejuízo patrimonial.<sup>100</sup>

Ainda, afirma-se que o termo “vantagem decorrente da adjudicação” não é limitado à vantagem obtida por aquele que logrou êxito na contratação, já que, mesmo nos casos em que não é ele o contratante, pode esse sujeito muito bem ter conseguido vantagem decorrente da celebração do contrato.<sup>101</sup>

É necessário, portanto, que a vantagem seja direcionada a si ou a outrem, o que é mais um elemento subjetivo do tipo. Nesse ensejo, seria atípica conduta que não levasse à adjudicação ao agente ou a terceiro.

## **2.6 Divergência doutrinária acerca dos termos “dolo específico” e “elemento subjetivo especial do tipo”**

Apesar de a maioria da jurisprudência ainda utilizar a expressão “dolo específico”, grande parte da doutrina optou por superar essa nomenclatura e passou a denominar esse instituto de “elemento subjetivo especial do tipo”.

A base dessa diferenciação está no seguinte: quem prefere a expressão dolo específico, defende que o vocábulo “específico” refere-se a uma finalidade especial, além da vontade consciente de praticar determinada conduta – que é o que se entende por dolo genérico.

No entanto, a divergência está no fato de se optar por utilizar o vocábulo “dolo” para designar somente dolo genérico, e a expressão “elemento subjetivo do tipo” como substituto da especificidade – a finalidade especial – mencionada anteriormente.<sup>102</sup>

Nesse último caso, o elemento especial não seria integrante do dolo.

Há quem prefira também falar em elemento subjetivo do ilícito ou elemento subjetivo do injusto, mas essas denominações parecem ser desnecessárias.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 201.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> NUCCI, Guilherme. Op.Cit., p. 215. Nesse sentido, também, Bitencourt afirma: “Na verdade, como temos sustentado, ‘o especial fim ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto, que se equivalem, porque pertencem, ao mesmo tempo, à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde.” BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 203.

André de Freitas concorda com Nucci ao ressaltar que “O especial fim de agir nos tipos penais[...] é denominado pela doutrina clássica como ‘dolo específico’; expressão esta atualmente substituída por ‘elemento subjetivo do tipo diverso do dolo’.” FREITAS, André. Op.Cit., p. 39.

<sup>103</sup> NUCCI, Guilherme. Op.Cit., p. 215.

## **2.7 A finalidade especial no art. 90 da Lei nº 8.666/1993**

O dolo específico ou elemento subjetivo especial, presente no art. 90 da Lei de Licitações, é dado pela expressão “com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

De acordo com a doutrina majoritária<sup>104</sup>, esse especial fim de agir é de observância obrigatória para a caracterização do delito de fraude ou frustração da competitividade.

Dessa forma, mesmo presente o dolo em fraudar a competição licitatória - que gere efetivo dano - não havendo um fim especial nessa conduta, estar-se-á diante de uma atipicidade, descaracterizando-se o tipo subjetivo.

Ou seja, além da consciência de frustrar ou fraudar o caráter competitivo, deve estar presente a vontade de afastar a competição com o intuito de obter vantagem.<sup>105</sup>

Ainda, pode ser que, na ausência de se visar o fim especial, a mera conduta de frustrar ou fraudar acabe caracterizando os demais delitos presentes na Lei de Licitações, como os dos arts. 93 e 95.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> A exemplo, tem-se Bitencourt. BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 202.

<sup>105</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., p. 1178; PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op. Cit., p. 907.

<sup>106</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit., p. 203.

### **3. ANÁLISE DE JULGADOS ACERCA DO ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES COM ESPECIAL ATENÇÃO PARA A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO**

#### **3.1 Do entendimento do Supremo Tribunal Federal**

No recebimento da denúncia relativa ao Inquérito nº 3.108/BA<sup>107</sup>, tratou-se de supostas contratações irregulares de obras e serviços públicos por meio de fraude à competitividade licitatória. O denunciado, à época Prefeito do Município de Luís Eduardo Magalhães, teria sido o responsável pela realização das licitações fraudulentas, que consistiriam basicamente na adoção de modalidades de licitação inadequadas aos objetos contratados, o que ensejaria fracionamento de despesas<sup>108</sup>. A exemplo, foram feitas duas cartas-convite no intervalo de menos de um mês entre elas e relativas a um mesmo objeto contratual. Além disso, a denúncia alegou que em vários procedimentos foram constatadas irregularidades que demonstravam montagem das licitações, como a emissão de certidões negativas de empresas diferentes no mesmo horário de um mesmo dia. Houve também suposto direcionamento e favorecimento de licitantes, com a participação de uma única concorrente em dois outros procedimentos licitatórios.

Algumas condições contratuais foram consideradas pela acusação como bastante desfavoráveis ao ente público, a exemplo do pagamento antecipado de 50% do valor da obra. Somado a isso, não teria havido a devida publicação de alguns certames, influenciando a pouca participação de licitantes e, por conseguinte, o comprometimento do caráter competitivo.

O denunciado, tendo homologado todos esses certames supostamente irregulares e realizado as respectivas contratações, foi denunciado pela prática do art. 90 da Lei de Licitações.

Em sua defesa preliminar, alegou que seria inepta a denúncia por não lhe ser imputado nenhum ato de execução do delito, tampouco a existência de dolo na prática da conduta.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 3.108/BA. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2016.

<sup>108</sup> Conforme expressa a Lei nº 8.666, em seu art. 23, §5º, o fracionamento – que não se confunde com parcelamento – é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, veja: Art. 23 [...] § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.



Contudo, o voto do Min. Relator afirmou que em sede de recebimento de denúncia ainda não se deve analisar a presença ou não de dolo, o que foi confrontado pelo Min. César Peluso, no âmbito desta mesma decisão, ao afirmar que deveria ser rejeitada a denúncia porque não ficou demonstrado o dolo específico, ou seja, o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto, porque não se disse nem quem foi o destinatário da vantagem. Votou este Ministro pela rejeição total da denúncia, afirmando que, embora tenha ocorrido o fracionamento, não ficou claro a ele que isso gerou comprometimento do caráter competitivo das cartas-convite, ensejando, por exemplo, que outros interessados tenham deixado de competir.

O Min. Luiz Fux, mesmo concordando com o recebimento da denúncia, afirmou que o recebimento de denúncias, principalmente as relativas a homens públicos, é muito complicado, pois quando isso acontece há uma certa condenação social como se o réu já fosse culpado<sup>109</sup>. Defende que os elementos apresentados devem conduzir à verossimilhança das alegações. Nesse ensejo, entende que quando o dolo é elemento do tipo deve estar provado na denúncia, sob pena de, sendo o tipo doloso, ser considerada atípica a conduta.

Seguindo a linha da doutrina, o STF estabeleceu nessa mesma decisão o entendimento de que o crime do art. 90 da Lei de Licitações é de caráter formal, ou seja, não há a necessidade nem de que o procedimento licitatório seja homologado, tampouco que haja adjudicação ou obtenção de vantagem econômica. Basta, portanto, que haja mero ajuste, combinação, ou qualquer outro meio correlato, que acarrete o comprometimento da competitividade do certame, objetivando-se a obtenção de vantagem, para que seja caracterizado o delito.

Outra jurisprudência selecionada foi a Ação Penal nº 565/RO<sup>110</sup>, de maior complexidade, por tratar da responsabilidade penal de uma autoridade pública e da imputação do delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 a servidores públicos e a particulares licitantes.

Foi denunciado o então Prefeito de Rolim de Moura, o Presidente e Vice-Presidente da Comissão de Licitação Municipal e alguns participantes das licitações envolvidas como incursos na prática do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações. Teriam estes praticado o fracionamento de despesas com o fim de utilizar modalidade licitatória indevida para a

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 3.108/BA. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2016: “Um homem público, que tem contra si recebida uma denúncia, padece como se já fora condenado.”.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 565/RO. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, 08 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 23 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 set. 2016.

contratação de obras de engenharia como a construção de quadras poliesportivas, obras de contenção de enchentes, pavimentação, etc.

O fracionamento seria feito para limitar os valores a cento e cinquenta mil reais, possibilitando a realização convite<sup>111</sup> e, por conseguinte, a fraude à competição, já que nessa modalidade são enviadas cartas-convite para o mínimo de três licitantes cadastrados, sendo que, no caso, havia apenas cinco licitantes que se alternavam na participação<sup>112</sup>. Conforme expõe a Relatora Min. Carmen Lúcia, as licitações eram direcionadas a partir de conluíus, que afrontariam o objetivo maior da licitação, que é ampliar a competição para chegar a preços mais vantajosos. Afirmando mais uma vez que o delito do art. 90 é formal, diz-se que não é necessário dano ao erário, mas que o que acontece é o dano ético.

Conforme consta do voto da Relatora, foram doze procedimentos fraudados, ao total.

O STF afirma, ainda, que a utilização de modalidade licitatória diversa daquela exigida pela lei é uma das formas de fraude ao caráter competitivo do certame.<sup>113</sup> Para isso, normalmente se recorre ao fracionamento, deixando supostamente menor o valor a ser contratado para que se possa usar modalidade licitatória de menor complexidade.

Como exemplo do que foi até então exposto, no caso dessa ação, duas licitações na modalidade convite foram feitas relativamente à canalização e controle de enchentes, tendo seus objetos contratuais iniciado execução em sequência imediata – 18 de janeiro de 2000 e 26 de janeiro de 2000. A situação fática aqui demandava uma única tomada de preços, ao invés de dois certames na modalidade convite, que tiveram dois vencedores distintos.<sup>114</sup>

Vale lembrar que a tarefa do administrador, principalmente do responsável pelas despesas, não é nada fácil, pois é bastante difícil ter certeza completa da disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade, ainda mais quando não se trata do mesmo exercício

---

<sup>111</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

<sup>112</sup> Importante ressaltar, nesse ponto, que as modalidades tomada de preço e concorrência possibilitam competição mais ampla principalmente pela diferença de projeção do certame em relação aos licitantes interessados, até mesmo porque o modo pelo qual se garante a publicidade desses procedimentos licitatórios é diferente, conforme se verifica no art. 21 da Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, o fracionamento do objeto licitatório é o que normalmente leva à utilização de modalidade diversa da exigida pela lei, dando ensejo à escolha de modalidade menos complexa e mais célere, relativamente a objetos contratuais de quantias menores com licitantes já previamente cadastrados. Tudo isso contribui para a frustração ou fraude da competição.

<sup>113</sup> No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 983730/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 04 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 84.320/SC. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 17 de dezembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>114</sup> Além de terem sido feitas as licitações no mesmo exercício financeiro e de terem sido os objetos idênticos ou muito semelhantes, as obras, em sua maioria, não eram emergenciais, o que possibilitava maior disponibilidade para um bom planejamento.

financeiro. No entanto, não se pode justificar eventual falta de planejamento e vontade de beneficiar determinado sujeito com base somente nesse fato, sobretudo quando os objetos contratuais não são urgentes ou emergenciais.

Não obstante o fracionamento indevido de despesas, sócios de cinco empresas que participavam frequentemente das licitações tinham ligação pessoal com o então Prefeito de Rolim de Moura, sendo inclusive três deles irmãos de sua esposa e um ex-sócio de sua esposa.<sup>115</sup> Ademais, algumas dessas empresas tiveram sua constituição ou alteração do objeto social logo após o início da gestão do Prefeito.

Entende o STF que a vantagem não necessita ser econômica, nem, muito menos, patrimonial, “podendo consistir em favorecimento de terceiros por pretensões eleitorais ou eleitoreiras”, por exemplo. Ou seja, a vantagem que se busca atingir, presente na redação do artigo, não deve ser tida somente como pecuniária ou econômica. Isso porque, frente à complexidade da realidade social e da variedade das relações humanas, não se pode restringir o âmbito de qual vantagem pode ser almejada pelo sujeito que frustra ou fraudula uma licitação, sob pena de, movido por interesses políticos, por exemplo, ter o caráter competitivo da licitação comprometido sem que haja a devida reprovabilidade penal.

No caso, a responsabilidade penal do então Prefeito foi dada, além do já exposto, pelo fato de ter ele homologado os processos viciados e adjudicado os objetos licitados, além de ter determinado todas essas licitações fraudulentas.

Especificamente quanto ao dolo específico ou elemento subjetivo do tipo presente na conduta do Réu, entendeu-se que, ao realizar diversos convites no mesmo exercício financeiro, o objetivo do então Prefeito era restringir dolosamente a competitividade dos certames, restrito as empresas previamente cadastradas. Conduta, portanto, dolosa.

O dolo específico se revelou quando o agente se voltou a excluir participantes da disputa, restringindo a competitividade. Ademais, não foi necessário aqui que houvesse definição prévia de quem seria o vencedor. O elemento subjetivo especial de sua conduta foi revelado pela realização das licitações, constituição da comissão de licitação, homologação do procedimento e adjudicação dos objetos contratuais, fracionando-se as despesas para que

---

<sup>115</sup> Ainda no âmbito da AP. nº 565/RO, ressalta-se que “Entre 1998 e 2001, no total de 29 processos licitatórios para realização de obras de engenharia, elas obtiveram êxito em 22 certames, cujos valores envolveram R\$2.569,020,20 (dois milhões, quinhentos e sessenta e nove mil, vinte reais e vinte centavos), 92,30% do total. Entre 2001 e 2002, de 55 licitações para realização de obras de engenharia, elas venceram 34, obtendo, do total de R\$ 5.081.424,05 (cinco milhões, oitenta e um mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e cinco centavos), a quantia de R\$ 4.158.215,10 (quatro milhões, cento e cinquenta e oito mil, duzentos e quinze reais e dez centavos).” Não obstante, o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura esclareceu que haveria no mesmo município outras 15 empresas de engenharia e inúmeras outras em municípios vizinhos plenamente capazes de disputar as licitações.

fosse possível a adoção da modalidade convite, com o fim de excluir possíveis participantes. Aliado a isso está a relação pessoal do então Prefeito com os sócios das cinco empresas participantes, e grandes vencedoras, dos certames.

Ficou clara sua ciência e direto envolvimento nos ilícitos praticados, conforme se comprovou do conjunto probatório.<sup>116</sup>

Não seria razoável se requerer que o Prefeito tivesse pleno conhecimento dos atos licitatórios, mas como foi ele quem homologou as licitações e adjudicou os objetos licitatórios, por doze vezes, em favor de seus conhecidos, nada mais lógico do que responsabilizá-lo penalmente, em afronta ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993.

Já em relação ao Presidente e ao Vice-Presidente da Comissão Municipal de Licitação de Rolim de Moura, tem-se também suas responsabilidades penais, pois que foram os responsáveis por conduzir as licitações fraudulentas e tiveram ciência de que os sócios das empresas cadastradas e convidadas por eles a participar dos certames tinham ligação pessoal com o Prefeito. Além disso, por sempre mandarem os convites para o mesmo grupo de empresas, afrontaram dispositivo expresso da Lei nº 8.666/1993<sup>117</sup>.

O dolo específico em relação a eles foi dado pelo conluio fraudulento, em que se omitiam em seu dever legal de cautela com o intuito de obter vantagem da adjudicação do objeto licitatório. Caso esses integrantes da Comissão de Licitação tivessem se oposto, os ilícitos cometidos pela Prefeito não teriam como ter ocorrido.<sup>118</sup>

Contudo, ao analisar as condutas dos sócios das empresas participantes e vencedoras de vários dos certames em questão, verificou-se que a única prova possível de conluio entre eles seriam as coincidências formais nas propostas apresentadas. Acontece que foi disponibilizado um modelo de proposta pelo órgão público, como é praxe naquele Município, o que pode ter gerado tais coincidências.

---

<sup>116</sup> AP. nº 565/RO: “77. Escaparia do limite do razoável e das regras ordinárias de experiência ter-se que alguém, com o cargo de Chefe do Poder Executivo de Rolim de Moura/RO, determinasse a realização de diversos processos licitatórios, no mesmo exercício financeiro, valendo-se de modalidade licitatória restritiva à participação de licitantes apenas a pessoas de seu círculo de convivência, não o tivesse feito para direcionar, objetivamente, a conduta para frustrar o caráter competitivo dos certames e obter a adjudicação do objeto em favor de terceiros, antes conhecidos e escolhidos (ou convidados).”

<sup>117</sup> O dispositivo afrontado foi: Lei nº 8.666/1993, Art. 22 [...] § 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

<sup>118</sup> AP. nº 565/RO: “86. A participação dos réus, membros da comissão de licitação de Rolim de Moura/RO, foi indispensável para que os processos licitatórios com valores fracionados tivessem o seu trâmite até a adjudicação dos respectivos objetos a um grupo restrito de pessoas, o que fraudou o caráter competitivo dos certames, caracterizando os crimes, em concurso, tipificados no art. 90 da Lei n. 8.666/93.”

Diferentemente do que ficou comprovado em relação ao Prefeito do Município e aos integrantes da Comissão de Licitação, que fracionaram as despesas para tornar possível a opção por modalidade licitatória mais simples, o que afastou uma competitividade mais ampla, não se pode afirmar o mesmo dos particulares participantes dos certames.

Explica-se: o dolo específico em relação a eles – que, para o Tribunal, relativamente aos participantes envolvidos, seria determinado pela ocorrência de conluio para determinar previamente o vencedor, afastando o caráter competitivo - não pôde ser verificado com base apenas nas meras coincidências documentais alegadas pelo Ministério Público. Afirmar que eles teriam combinado previamente o teor das ofertas somente com fundamento nisso, mesmo sabendo-se que é de praxe o fornecimento de modelo para as propostas, seria presumir a má-fé, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

Não ficou provado o conluio entre os participantes dos convites e, portanto, não ficou caracterizado o dolo específico voltado à obtenção de vantagem, o que afastou a responsabilidade penal pelo delito do art. 90 da Lei de Licitações em relação a eles<sup>119</sup>.

Além disso, é salutar se ressaltar o fato de que houve empate na votação desse ponto no Tribunal. A tese do Revisor, Min. Dias Toffoli, era que, apesar de dois dos citados sócios das empresas participantes apenas constarem formalmente como sócios, e por isso não poderem ser responsabilizados quanto ao delito do art. 90 da Lei de Licitações, os outros, efetivamente sócios participantes e plenamente conscientes dos contratos firmados, não teriam como não ter conhecimento das fraudes, além de terem forte vínculo com o então Chefe do Executivo Municipal<sup>120</sup>. Para ele, pois, é certa a ciência das práticas criminosas por parte desses participantes e, por conseguinte, seria lógico seu envolvimento na operação voltada à obtenção de vantagem decorrente da frustração do caráter competitivo do certame.

Passada a discussão sobre a responsabilidade penal de cada um, é importante ainda esclarecer como ficou estabelecida a condenação dos envolvidos. A dosimetria foi dada com base no voto do Min. Revisor Dias Toffoli, veja:

---

<sup>119</sup> Vale lembrar que a Relatora afirmou ser plausível e até mesmo provável o envolvimento deles na prática ilícita, mas que o conjunto probatório realmente não foi o suficiente para comprovar o dolo específico e, por conseguinte, embasar a condenação.

<sup>120</sup> O Revisor ainda cita como indicativos de fraude e motivos para a responsabilização dos citados “o fato de não funcionarem as empresas nos endereços declinados perante o Registro do Comércio; alterações de sedes para endereços coincidentes entre essas mesmas empresas e inexistência de máquinas e equipamentos próprios no ativo circulante das empresas vencedoras dos certames, que lhes possibilitassem a execução do objeto dos contratos ... Não se ignora, ademais, que a locação de máquinas e equipamentos nesse segmento empresarial seja prática comum; porém salta aos olhos que empresas mais bem estruturadas e proprietárias de bens desse tipo que tenham concorrido nos mesmos certames sem lograr classificação sejam exatamente as locadoras desses mesmos bens às vencedoras do convite”.

O então Prefeito do Município de Rolim de Moura foi condenado à quatro anos, 8 meses e vinte e seis dias de detenção, com o regime inicial semiaberto, e à multa de 3% do montante das contratações frustradas<sup>121</sup>. Vale ressaltar que houve na dosimetria da pena circunstância agravante, qual seja a prevista art. 61, II, “g” do Código Penal<sup>122</sup>. Essa norma importa no aumento de um terço da pena quando há abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo.<sup>123</sup>

A mesma pena foi imputada aos integrantes da Comissão de Licitação. No entanto, além de a multa ter sido de 2% do montante das contratações frustradas, a agravante aplicada nesse caso foi a específica presente no art. 84, §2º da Lei nº 8.666, que estabelece o aumento de pena de um terço nos casos em que os autores dos crimes forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração.

No tocante à perda de cargo, função ou mandato dos envolvidos, destacam-se alguns dispositivos: a Constituição Federal, apesar de vedar a cassação dos direitos políticos em seu art. 15, elenca exceções para sua perda ou suspensão no mesmo dispositivo, estabelecendo como uma das hipóteses a condenação criminal transitada em julgado<sup>124</sup>; de forma similar, a Lei nº 8.666/1993 dispõe que haverá a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo quando forem praticados os crimes previstos nessa Lei, mesmo que por mera tentativa.

No entanto, a própria Constituição Federal afirma ser da competência da própria casa a deliberação para perda de mandato de Deputado ou Senador, esta que deve ser aprovada por maioria absoluta.

Sendo assim, frente a esse aparente conflito de normas, e aplicando entendimento já tomado no âmbito da Corte, o STF entendeu que a perda de mandato somente se daria por

---

<sup>121</sup> Conforme dispõe a Lei nº 8.666/1993: Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. [...].

<sup>122</sup> Código Penal: Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

<sup>123</sup> Embora não tenha sido aplicado nesse caso, A Relatora, vencida nesse ponto, propôs a aplicação do seguinte entendimento: da mesma forma que o art. 327, §2º do Código Penal, aplicar-se-ia o art. 84, §2º da Lei nº 8.666/1993 também a agentes políticos, abrangendo tanto o Chefe do Poder Executivo, independentemente da esfera, quanto os que têm mandatos parlamentares. Positiva esse artigo que “A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.” Para ela, embora o dispositivo trate apenas dos detentores de cargo em comissão ou função de confiança, não haveria sentido em não haver aumento para quem os tenha nomeado.

<sup>124</sup> CRFB/1988: Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

decisão do Senado Federal, pois que, à época da decisão, o Réu, julgado por seus atos como Prefeito, encontrava-se em exercício do mandato de Senador.<sup>125</sup>

Diferentemente, ao caso do Presidente e do Vice-Presidente da Comissão de Licitação, tendo ambos se aproveitado de suas funções públicas para beneficiar terceiros, restringindo a competitividade dos certames, foi aplicado o efeito penal de perda do cargo ou função pública, com fulcro nos arts. 92, I, “a” do Código Penal e o art. 83 da Lei nº 8.666/1993<sup>126</sup>.

Não obstante, suspenderam-se os direitos políticos dos condenados enquanto durassem os efeitos da condenação, aplicando-se o art. 15, III da CRFB/1988.

Os demais co-réus, os participantes das licitações fraudadas, foram absolvidos em relação à imputação do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, por não existirem provas suficientes para a condenação.

Destaca-se também a análise do recebimento da denúncia relativa ao Inquérito nº 2664/RJ<sup>127</sup>. Foi rejeitada uma denúncia com base no fato de que esta havia sido feita somente com base em dados e valores pesquisados que supostamente indicariam um superfaturamento.

O caso discutido foi de uma Prefeita que iniciou uma licitação para compra de medicamentos. A imputação é de que teria havido sobrepreço em relação a alguns itens dentre um total de mais de trezentos. Esse sobrepreço teria sido percebido com base na verificação, feita no de 2000, de uma planilha do ano de 1997.

Como bem explicitado pelo Min. Gilmar Mendes, que iniciou a divergência quanto ao recebimento da denúncia, diversas denúncias são apresentadas no âmbito do Tribunal sem o menor indício de elementos caracterizadores de responsabilidade penal, que em muito difere da responsabilidade administrativa e cível. Nessa denúncia, não se fala, por exemplo, no elemento subjetivo do tipo, qual seja, conforme o jurista, a combinação, a fraude ou a participação. O Ministro chama atenção também para a dificuldade do trabalho do gestor,

---

<sup>125</sup> A Relatora explicou que, apesar de grave a conduta, deve-se respeitar o princípio da separação dos Poderes. Embora haja dispositivos que caso aplicados ensejariam a perda de mandato, como o art. 83 da Lei nº 8.666 e o art. 15, III da CRFB/1988, pode ser que no caso concreto haja a aplicação do art. 55, §2º, também da CRFB/1988, pois que, apesar de ser uma consequência lógica a cassação do mandato “nos casos em que o representante não tenha como exercer o mandato”, isso deve ser feito pelo órgão competente. Nesse sentido, mesmo nos casos em que não haja possibilidade de exercício do mandato, deve-se enviar a conclusão do Tribunal para o Casa do Congresso para que esta tome as devidas providências. No caso discutido – Ação Penal nº 565/RO -, o Réu iniciará o cumprimento de pena no regime semi-aberto, e não no fechado, o que só confirma a necessidade de a decisão ter de ser tomada pelo órgão competente.

<sup>126</sup> Código Penal: Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; Lei nº 8.666/1993: Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 2.664/RJ. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06 de mai de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2016.

reafirmando a necessidade de demonstração da participação, da efetiva responsabilidade, sob pena de estabelecimento de um sistema de responsabilidade objetiva quanto ao delito do superfaturamento, por exemplo. Para ao recebimento da denúncia relativa ao gestor como incurso no delito do art. 90 da Lei de Licitações, assim como em vários outros, deve haver um mínimo de elementos que indiquem um conluio.

O Min. Dias Toffoli afirma, no mesmo sentido, que, para o enquadramento do fato no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, deveria a denúncia narrar que houve conluio entre a empresa e a denunciada, o que não aconteceu. Não houve nenhuma demonstração de dolo, tampouco fatos que indiquem algum ajuste ou combinação que justifiquem o recebimento da denúncia.

Nos termos da Min. Cármen Lúcia, a Prefeita teria atuado meramente como ordenadora de despesas, agindo no dever, na atribuição do Chefe do Poder Executivo.

Para aqueles que discordaram desse entendimento, a Prefeita, tendo autorizado a despesa, o pagamento, homologado a licitação e firmado o contrato, poderia ter verificado a compatibilidade dos preços com os praticados no mercado. Ainda, afirma-se que, quando se ordena a despesa, deve-se, pelo menos, verificar a compatibilidade de preços com os praticados no mercado.

A denúncia foi rejeitada por maioria, seguindo entendimento dos Ministros acima expostos.

Esse caso é de fundamental importância para o reconhecimento da complexidade do recebimento de uma denúncia relativa ao art. 90 da Lei de Licitações. O entendimento que levou à rejeição dessa denúncia, e que parecer ser o mais apropriado à dinâmica jurídica atual, é o de que devem estar presentes um mínimo de indícios caracterizadores da responsabilidade penal. No caso do dispositivo mencionado, há ainda a necessidade de se indicar o dolo específico presente na conduta, pois que ele faz parte do tipo penal. Ademais, quando se fala de autoridades públicas, o cuidado deve ser ainda maior. Explica-se: essas autoridades estão sujeitas a um número elevado de atos formais que podem vir a caracterizar delitos que não foram por elas cometidos e, além disso, pela notoriedade pública que esses casos tomam, pela própria posição social em que essas pessoas se inserem, o mero recebimento de uma denúncia pode acarretar em uma condenação social que comprometa toda a vida política dos envolvidos, mesmo que, ao final, não haja efetiva condenação jurídica.



Finalizando os casos relevantes acerca do delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, no âmbito do Supremo tribunal Federal, há a Ação Penal nº 430/RS<sup>128</sup>, em que houve absolvição do acusado por falta de provas.

À época Prefeito do Município de Campinas, o réu, usando sua posição pública, teria homologado concorrência pública frustrando o caráter competitivo da licitação mediante ajuste prévio, direcionando-a a determinada empresa. Foi alegado que o edital da referida concorrência teria cláusulas<sup>129</sup> restritivas de competitividade e que dariam ensejo a um superfaturamento. Além disso, o ajuste prévio foi alegado com base no fato de terem os sócios da empresa vencedora do certame feito doações para a campanha eleitoral do então Prefeito.

No entanto, o Tribunal de Contas estadual entendeu que os recursos repassados à Prefeitura foram devidamente e regularmente aplicados, não caracterizando superfaturamento na execução dos contratos.

Além disso, os proprietários da empresa vencedora do certame foram doadores da campanha eleitoral de partidos políticos diversos, não bastando somente esse fato para a condenação. Não ficou comprovada uma efetiva ligação entre os réus, tampouco o suposto ajuste prévio<sup>130</sup>.

Ademais, ficou provado que o Prefeito não teve ligação direta com a condução da licitação, não homologando o resultado, mas apenas firmando o contrato.

Entendendo então ser necessária a comprovação do dolo e do prévio ajuste entre as partes para a caracterização do delito, e com base na ausência de provas do crime relativo ao art. 90 da Lei de Licitações, o Supremo tribunal Federal, por unanimidade, absolveu o então Prefeito do município de Curitiba.

Da análise desses entendimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar que o delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 é formal, não necessitando que a licitação seja homologada ou mesmo adjudicada. Sendo o delito formal, não é necessário o dano ao erário, mas sim o dano ético.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 430/RS. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, 07 de agosto de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>129</sup> Não traria previsão do preço máximo admissível para contratação, nem quanto ao preço global, nem quanto aos preços unitários, o que teria afastado fornecedores de menor porte, por conta da dimensão do objeto.

<sup>130</sup> AP nº 430/RS: Nas palavras da Procuradoria-Geral da República em relação às doações eleitorais, cujos fundamentos foram adotados como razão de decidir: “o ato de liberalidade em favor de CASSIO TANIGUCHI, por si só, não é suficiente para ter-se como demonstrada a existência de ajuste anterior ou da formação de uma aliança ilícita para selecionar uma dada empresa em certame posterior ao pleito.”

Para o Tribunal, não é necessária a obtenção de vantagem econômica, bastando o mero ajuste ou combinação que acarrete o comprometimento da competitividade do certame, objetivando-se a obtenção de vantagem, para que seja caracterizado o delito.

Ficou claro que a utilização de modalidade diversa daquela exigida por lei é uma das muitas formas de fraudar a competitividade do certame licitatório, o que é inclusive muito frequente, e feito por meio do fracionamento de despesas.

Não se requer, também, que a vantagem seja econômica ou patrimonial, até porque muitas vezes consiste em benefícios políticos decorrentes de eventuais favorecimentos.

Relativamente ao dolo específico, tem-se que: o STF requer sua presença para a caracterização do delito do art. 90, sob pena de não restar configurada a responsabilidade penal do acusado. Este tem definitivamente que almejar obter vantagem para si ou para outrem, seja ele seu familiar, amigo, entre outros.

Especificamente quanto ao elemento subjetivo especial relativo aos participantes envolvidos na fraude à competitividade da licitação, o STF entendeu, de forma não unânime, que somente há sua constatação quando há comprovação de conluio para determinar previamente o vencedor, não bastando a ocorrência de coincidências formais nas propostas. A divergência é no sentido de que sendo sócio administrador de empresa envolvida em fraude, seria difícil se admitir que não houvesse envolvimento dessas pessoas na busca pela obtenção de vantagem, seja ela qual for, ainda mais quando há vínculo pessoal entre o licitante e o agente público envolvido na licitação.

Estabeleceu-se, majoritariamente, que, sendo o dolo elemento do tipo, deve estar provado até mesmo na denúncia. Ainda, especificamente no Inquérito nº 3.108/BA, já tratado, houve quem afirmasse que o fracionamento de despesas, por si só, por exemplo, não indicaria necessariamente que houve o comprometimento da competitividade, quanto mais que houve dolo necessário à caracterização do delito.

Resta clara também a posição deste Tribunal em imputar a perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo quando praticados os crimes da Lei de Licitações. Porém, relativamente a Deputado e Senador, em respeito ao princípio da separação dos poderes, a perda do mandato dever ser decidida pela respectiva Casa do Congresso Nacional, conforme o art. 55, §2º da CRFB/1988<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> CRFB/1988: Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...]§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Complementarmente, entendendo pela rejeição da denúncia, o Tribunal, reconhecendo ser bastante complicada a análise de seu recebimento, principalmente em relação a autoridades públicas, posicionou-se no sentido de que, relativamente ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, deve haver a demonstração de participação, de efetiva responsabilidade e um mínimo de elementos que indiquem um conluio. Ademais, deve haver a demonstração do dolo, que faz parte do tipo penal.

### 3.2 Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não ser necessário efetivo prejuízo para a caracterização do delito do art. 90 da Lei de Licitações. Basta que haja a frustração ou fraude da competitividade do certame licitatório, com o intuito de obter vantagem.

Esse entendimento, tomado no âmbito do AgRg no Recurso Especial nº 1.387.099<sup>132</sup>, que é bastante recente – datado de 18/08/2016 – é fruto de vários entendimentos anteriores, a exemplo: RESP nº 1.484.415/DF<sup>133</sup>; AgRg no RESP nº 1.549.735/RN<sup>134</sup>; AgRg no Agravo nº 983.730/RS<sup>135</sup>.

Vale ressaltar, nesse sentido, o RESP nº 1.498.982/SC<sup>136</sup>, que, além de afirmar não ser necessário prejuízo econômico, mas somente a “quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório”<sup>137</sup>, expõe entendimento no sentido de que não se deve confundir o elemento subjetivo especial do tipo – o intuito de obter vantagem – com eventual prejuízo que

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.387.099/RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.484.415/DF. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>134</sup> Nessa decisão, estabeleceu-se que “Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração e a obtenção de vantagem pelo agente são irrelevantes para a configuração do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP nº 1.549.735/RN. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo nº 983.730/RS. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 04 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.498.982/SC. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2016.

<sup>137</sup> Reformando a decisão de Tribunal que rejeitou a denúncia com base no fato de não haver ali comprovação de benefício obtido pelo indiciado ou de que tenha havido efetivo prejuízo ao erário.

seja gerado pelo contrato eivado de nulidade. Este pode ou não ocorrer, independentemente de se visar vantagem decorrente da adjudicação do objeto.

Utilizou-se como fundamento o seguinte exemplo: determinado licitante descobriu os preços das propostas dos demais participantes na licitação de forma prévia à celebração do certame. Com base nisso, apresentou proposta com valor inferior ao dos demais, conseguindo contratar com a Administração. Nesse caso, não houve prejuízo para o Estado, pelo contrário, este, teoricamente, beneficiou-se com o menor preço. Contudo, ainda há crime, pois, como já dito, basta o comprometimento da competição licitatória com o intuito de obter vantagem para que seja caracterizado o delito.

Entende-se que essa decisão é bastante clara quanto a essa distinção, muito provavelmente em razão de ser o bem jurídico tutelado<sup>138</sup>, no âmbito do dispositivo em tela, a competitividade do certame e não o patrimônio público, este que é tutelado de forma indireta nesse caso.

Ressalta-se, nesse ponto, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.387.099/RS, em que se afirma que a alegação da defesa no sentido de que não ficou provado o dolo seria irrelevante, uma vez que o bem jurídico tutelado é a competitividade<sup>139</sup>.

Com base no que foi até então exposto, inclusive pelas decisões do Supremo Tribunal Federal já discutidas, não é esse o melhor entendimento, já que se trata de um delito previsto na Lei de Licitações que, regra geral, não apresenta crime na modalidade culposa, e, não obstante seja necessário o dolo genérico na conduta do sujeito, deve ainda estar presente o intuito de obter vantagem para si ou para outrem, mesmo que essa não venha a se concretizar. É o que se identificou como sendo o dolo específico.

No julgamento do Habeas Corpus nº 352.984/SP<sup>140</sup>, também recente, de 30 de junho de 2016, o STJ entendeu que realmente a caracterização do delito do art. 90 não deve se

---

<sup>138</sup> Entendimento que se repete em várias decisões avaliadas no âmbito do STJ, e que se coaduna com o exposto tanto no capítulo 1 quanto no capítulo 2 deste trabalho, é que: “O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.”. A exemplo, podem ser elencados os já citados RESP nº 1498892/SC e o HC nº 352984/SP.

<sup>139</sup> Nas palavras do Min. Relator: “Registro que a alegação de que não houve prejuízo ao erário público nem ao concorrente, tampouco de que não foi provado o dolo, são irrelevantes, pois conforme ficou demonstrado, o bem jurídico penalmente tutelado no referido tipo penal é a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei n. 8.666/93).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP nº 1.387.099/RS. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 out. 2016.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 352.984/SP. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 30 de junho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 08 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 out. 2016.

vincular a eventual prejuízo sofrido pelo poder público, ou seja, o contrato não precisa estar superfaturado ou fora do preço de mercado. É o que se percebe, por exemplo, do direcionamento da licitação, em que pode haver a contratação com preço abaixo do de mercado, porém beneficiando determinado familiar com quem se contratou.

Entendeu-se também que não é necessário que o acusado receba alguma porcentagem do montante relativo à fraude. Essa linha de pensamento demonstra que não se faz distinção entre o tipo de vantagem visada por aquele que comete o delito, podendo ela ser de caráter pecuniário ou não.

É importante o entendimento do voto da Ministra Relatora, que embora vencido, posicionou-se no sentido de considerar inepta a denúncia do Ministério Público, uma vez que, apesar de ter havido a descrição da frustração do caráter competitivo do certame, não foram descritos os demais elementos do tipo “tais como o ajuste, a combinação ou qualquer outro expediente, tampouco o intuito de obter para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”<sup>141</sup>.

Apesar de o entendimento da Relatora ter sido considerar inepta a denúncia relativa ao delito do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, o Tribunal entendeu, ao contrário, que a denúncia descreveu satisfatoriamente a prática de crime em tese, mesmo que não tenha sido demonstrado eventual ajuste ou mesmo o dolo específico.

Em relação ao Recurso Especial nº 1484415/DF<sup>142</sup>, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território – TJ/DFT –, foi condenado o então Administrador Regional de Taguatinga pelo crime de fraude ao caráter competitivo da licitação.

No caso, teria o Administrador tornado possível a seu filho a obtenção de uma série de benefícios em relação a vários procedimentos licitatórios. Este seria sócio da empresa que se sagrou vencedora direta em inúmeras licitações e vencedora indireta em várias outras em razão de conluio com outras empresas participantes. O Administrador forneceria informações internas sobre as licitações, o que foi obtido em razão de seu cargo político, objetivando

---

<sup>141</sup> A Min. Relatora ainda afirma que: “A denúncia diz, expressamente, que limitou-se o paciente a adjudicar o objeto do certame, assinando contrato com a empresa vencedora, mas, não obstante descrever alguns fatos do procedimento da licitação, não mostra, em momento algum, se teria ocorrido algum ajuste entre o paciente e os servidores que conduziram o processo licitatório e, muito menos, indica se o valor do contrato é exorbitante, superfaturado ou fora do mercado ou se teria o paciente recebido alguma porcentagem desse montante ou se beneficiado de alguma maneira.”.

<sup>142</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.484.415/DF. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

favorecer seu parente frente a outros concorrentes, dando-lhe conhecimento prévio dos certames.

Além disso, conforme ficou provado, utilizando-se de seu prestígio no cenário político local, o Administrador teria se envolvido em ajuste prévio com integrantes do alto cargo do Governo do Distrito Federal para tornar possível o êxito de seu filho em sagrar-se vencedor nas licitações para ornamentação natalina no ano de 2008.

Afirma-se que os demais envolvidos e o então Administrador Regional de Taguatinga teriam conhecimento da qualidade que cada um ostentava, a saber a posição de agente político deste, e, com base nisso, teriam feito ajustes políticos visando beneficiar determinado licitante em detrimento dos demais. Ademais, entendeu-se ser perceptível “a existência de conluio e nítido interesse político e privado na consecução da empreitada criminosa”.

O dolo estaria, então, no fato de ter o Administrador agido “consciente e voluntariamente ao influenciar claramente a modalidade de certames licitatórios, em situação de parentesco com empresa concorrente”.

O dolo específico ou elemento subjetivo especial do tipo estaria evidente na influência política exercida por ele para que seu filho se sagra-se vencedor na absoluta maioria dos procedimentos licitatórios envolvidos. O Administrador efetivamente propiciou que seu filho se beneficiasse das fraudes previamente ajustadas<sup>143</sup>.

Com base no exposto, foi mantida a decisão do Tribunal de origem, negando-se provimento ao Recurso Especial, tendo ficado caracterizada a responsabilidade penal do envolvido e o dolo específico relativo ao intuito de obter vantagem para si e para seu filho.

Resumidamente, o Superior tribunal de Justiça entende majoritariamente que o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 não requer o efetivo prejuízo econômico para o Estado, bastando que haja a quebra da competitividade entre os licitantes em decorrência de fraude ou frustração, mesmo que seja devido à promoção de uma ilusória competição, independentemente de ajuste ou combinação – no caso de se simular uma licitação em que haja a efetiva participação de apenas um concorrente. Além disso, à exceção de alguns entendimentos, como o mostrado acima no âmbito do AgRg no Recurso Especial nº 1.387.099/RS<sup>144</sup>, deve ser comprovado o elemento subjetivo especial do tipo – o dolo específico -, qual seja o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

---

<sup>143</sup> RESP nº 1.484.415/DF: “A conduta comissiva do réu ... foi preponderante para que o processo licitatório fraudulento obtivesse êxito.”

<sup>144</sup> Mencionou-se também o Habeas Corpus nº 352.984/SP, em que se decidiu pela regularidade da denúncia mesmo que não tenha sido nela demonstrado o dolo específico.

Não obstante, como bem se observou principalmente do último caso tratado - Recurso Especial nº 1.484.415/DF -, a vantagem buscada por aqueles que fraudam a competição licitatória não está estritamente ligada ao caráter econômico, sendo muitas vezes meramente política, seja ela decorrente de uma simples troca de favores entre agentes políticos, ou mesmo relativa a algum tipo de reconhecimento por parte daqueles a quem se ajudou.

## CONCLUSÃO

A licitação como tema constitucional requer a competitividade para que seja adequada aos interesses da Administração. Trata-se de princípio específico que tem previsão no próprio dispositivo que trata das licitações na Constituição Federal – CRFB/1988, tamanha sua importância. É princípio coerente com a democracia e a moralidade administrativa, isso porque é responsável por tornar possível a obtenção da proposta mais vantajosa para o Estado e por garantir a regular participação de todos os interessados em contratar com a Administração.

Pela análise da legislação e da doutrina sobre o tema, constatou-se que o tratamento diferenciado a determinado licitante só é possível nas hipóteses admitidas em lei e quando necessário à contratação do objeto da licitação. É o caso do tratamento dado, por exemplo, às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que, embora possa não ser considerado necessário à contratação do objeto, é hipótese de diferenciação expressa prevista em lei e consoante um dos objetivos fundamentais do país, qual seja o de garantir o desenvolvimento nacional, previsto no art. 3º, inciso II da CRFB/1988.

Apesar de ter proteção já nos primeiros artigos da Lei nº 8.666/1993 – art. 3º, §1º, inciso I –, a competitividade é bem jurídico tutelado penalmente no art. 90 dessa mesma Lei. No primeiro caso, é necessário apenas a restrição indevida da competição para que esteja configurada ilegalidade, mas no segundo caso, por sua própria natureza criminal, requer-se além do dolo em frustrar a competitividade, uma finalidade especial em obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto.

Quanto a esse dispositivo, a posição da doutrina é similar em alguns aspectos e divergente em outros.

Ressalta-se que apesar de a competitividade ser o objeto jurídico principal protegido pelo art. 90, busca-se também zelar pela probidade, impessoalidade, moralidade e indiretamente pelo patrimônio público.

A doutrina define a frustração ou fraude à competição licitatória como um “jogo de cartas marcadas”<sup>145</sup>, pois que possibilita o conhecimento do resultado do certame mesmo antes de sua homologação.

Situação bastante exemplificativa é o caso em que se tenta fazer a licitação restar deserta, aquela em que não há interessados, para que haja a contratação direta de determinado

---

<sup>145</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé. Op. Cit., p. 906.



particular. O que muito se utiliza para isso é a falsa publicação do instrumento convocatório, para que nem se dê conhecimento do certame a todos aqueles interessados.

Em relação especificamente à vantagem prevista no elemento especial do tipo, a doutrina diverge. Há quem afirme que deva ter natureza econômica, mas há quem defenda que não há tal restrição. É com essa posição que se concorda. Portanto, pode ser que a vantagem esteja relacionada à intenção de tirar determinado concorrente do mercado ou de, por exemplo, ampliar o próprio negócio, mesmo que não haja lucro direto.

Finalmente quanto ao dolo, não há, em regra, divergência quanto à forma dolosa do art. 90. Deve haver a vontade, a intenção de comprometer a competição. O dolo específico ou elemento subjetivo específico do tipo, entendido como a intenção de obter vantagem, também deve ser observado para a caracterização do delito.

No que concerne à jurisprudência dos Tribunais Superiores, as decisões acerca do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações mostraram, entre outras questões, a intensa preocupação com a proteção da ética na Administração Pública. A lisura do procedimento é, nesse sentido, um aspecto de que todos se beneficiam, tanto a Administração Pública, em atendimento à supremacia do interesse público, quanto os particulares, que veem seu direito à isonomia respeitado. Destaca-se a importância de uma boa competitividade não só para a obtenção da proposta mais vantajosa, mas também para o desenvolvimento econômico nacional, de forma que não serão admitidos favorecimentos baseados pura e simplesmente na arbitrariedade, mas sim na capacidade e dedicação de cada particular em oferecer a melhor proposta possível. Trata-se efetivamente de uma situação em que todos ganham.

Quanto ao elemento vantagem, integrante do elemento subjetivo especial do tipo, além de ter ficado estabelecido na jurisprudência dominante que ela não é condição para a caracterização do delito, mas apenas o intuito de obtê-la, entende-se que não há necessidade de que ela seja econômica nem muito menos patrimonial.

A análise dos julgados revelou diversas situações em que a vantagem almejada consistiu simplesmente em aspectos políticos, sendo eles benefícios ou eventuais favorecimentos, além da comum tentativa de se direcionar as licitações a membros da família ou conhecidos. Percebe-se também que isso é feito frequentemente por meio do fracionamento de despesas, que enseja a utilização de modalidade diversa daquela exigida por lei.

Quanto ao dolo específico, o STF entendeu, também por maioria, pela necessidade de sua comprovação na configuração da responsabilidade penal do envolvido. Deve-se ficar provado que o acusado buscou a obtenção de vantagem para si ou para terceiro.

Não obstante, em julgamento bastante dividido, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que o dolo específico relativo aos particulares participantes dos certames somente poderia ser comprovado a partir de efetivo conluio entre eles para determinar previamente o vencedor. O só fato de o sócio ser administrador de empresa que tenha sido vencedora em vários procedimentos fraudulentos e que tenha envolvimento pessoal com o responsável pelos certames não é, até então, para o STF, suficiente para a responsabilização penal, pela ausência do elemento subjetivo específico do tipo. Com esse argumento não se concorda. Prefere-se nesse caso, a posição adotada pelos outros julgadores do Tribunal, que restou vencida: pelo intenso grau de envolvimento entre determinado licitante e o sujeito responsável pelas licitações, comprovada a fraude à competitividade e condenado este último pelo mesmo delito, difícil seria se admitir que não houvesse o envolvimento desse licitante na busca pela vantagem a que teve acesso.

De todo modo, é bastante razoável o entendimento de que, sendo o dolo elemento do tipo, deve estar provado até mesmo na denúncia. Nesse caso, deixa-se claro que se preocupa com a complexidade envolvida no recebimento de denúncias principalmente em relação a autoridades públicas, que já sofrem uma espécie de condenação social quando têm uma denúncia contra elas meramente recebida. Para o STF, quanto a esse delito, já na denúncia se deve demonstrar minimamente a participação, a responsabilidade penal, elementos que indiquem um conluio e o dolo, que faz parte do tipo penal.

Quanto à perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo daquele condenado pela prática do art. 90, ressaltando-se a posição do STF, nos parece plausível deixar a cargo da respectiva Casa a deliberação acerca da perda do mandato de Deputado ou Senador.

Já em relação às decisões analisadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, além da similaridade com as decisões do STF, defende-se expressamente a desnecessidade de ajuste ou combinação relativa à caracterização do delito, já que existem casos em que se simula uma licitação para que haja a efetiva participação de apenas um concorrente. Neste Tribunal, a divergência acerca da necessidade do dolo específico é maior. São mais numerosos aqueles julgadores que entendem pela sua desnecessidade.

Diante da análise doutrinária e jurisprudencial exposta, concluiu-se que a licitação é instrumento garantidor da democracia e da moralidade administrativa, tendo em seu cerne a competitividade, que deve ter uma proteção rigorosa por parte do ordenamento jurídico.

Ademais, a toda hora toma-se conhecimento de casos em que se frustrou a competitividade de determinada licitação com o intuito principal de obter vantagem patrimonial às custas do Poder Público, para que interesses estritamente pessoais sejam

satisfeitos. Tal situação não deve se manter. A consciência coletiva deve ser no sentido de que a coisa pública é algo que faz parte da boa convivência social e não algo que deva ser apropriado na primeira oportunidade que surja.

No entanto, essa ideia também não pode acarretar na proteção do interesse público – e por consequência da licitação e da competitividade - a todo custo. Observada a gravidade de uma condenação criminal, devem ser demonstrados e efetivamente comprovados os elementos requeridos pelo tipo penal para que a responsabilidade de eventuais envolvidos seja configurada.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 1: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL, *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 983730/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 04 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo nº 983.730/RS. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 04 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.387.099/RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP nº 1.387.099/RS. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP nº 1.549.735/RN. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 352.984/SP. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 30 de junho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 08 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 84.320/SC. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 17 de dezembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 88370/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 07 de outubro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 28 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.484.415/DF. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.498.982/SC. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 430/RS. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, 07 de agosto de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 565/RO. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, 08 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 23 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 2.664/RJ. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06 de mai de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 3.108/BA. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2016.

CAMPELO, Renistenes Eunice Costa et al. A relação custo-qualidade das aquisições no setor público. *Revista Conbrad [ISSN 2525-6815]*, v. 1, n. 2, p. 63-70, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaconbrad.com.br/editorial/index.php/conbrad/article/view/128/33>>. Acesso em: 15 out. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993). 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o

pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.